

# Europäischer Rechtsstaat als Spielball der EU-Institutionen? Zum Umgang mit der Haushaltskonditionalität am Beispiel der Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn

Uta Stäsche\*

Inhalt	
A. Einleitung	564
B. Überblick: kontextuale Einordnung	564
C. Rechtsstaatlichkeit als europäischer Grundwert	566
D. Defizite des traditionellen EU-Instrumententrios	568
I. EU-Rechtsstaatsdialog	568
II. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV	568
III. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV	570
E. Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn	571
I. Polen	572
1. EU-Rechtsstaatsdialog	572
2. Vertragsverletzungsverfahren	573
a) Ruhestandsmindestalter für Richter ordentlicher Gerichte	573
b) Zwangspensionierungen amtierender Richter	574
c) Disziplinarregelungen für Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit	576
d) Gesetzesreformen betreffend das Justizsystem	578
e) Diskriminierung von LGBTIQ-Personen	579
3. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV	579
4. Rezeption der Entwicklungen über Polen hinaus	581
II. Ungarn	583
1. EU-Rechtsstaatsdialog	583
2. Vertragsverletzungsverfahren	583
a) Transparenzgesetz	583
b) Strafbarkeit von Hilfeleistungen an Asylbewerber	584

\* Prof. Dr. iur. Uta Stäsche lehrt Öffentliches Recht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin (HWR). E-Mail: uta.staesche@hwr-berlin.de. Vor Antritt ihrer Professur an der HWR begleitete sie die Rechtsstaatlichkeitsentwicklungen der EU-Mitgliedstaaten im Europaministerium des Landes Brandenburg.

c) Novelle des ungarischen Hochschulgesetzes	585
d) Ungarisches Asyl- und Migrationsrecht	586
e) Diskriminierung von Roma-Kindern im Bildungswesen	589
f) Umgang mit Diskriminierungsopfern im Bildungswesen	589
g) Diskriminierung von LGBTIQ-Personen	590
3. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV	590
4. Rezeption der Entwicklungen über Ungarn hinaus	592
III. Weitere Entwicklungen	592
F. Wirkungsgrad des traditionellen EU-Instrumententrios	593
I. EU-Rechtsstaatsdialog	593
II. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV	594
III. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV	596
G. Finanzieller Mechanismus der EU zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit (EU-Rechtsstaatsmechanismus)	597
I. Telos und Struktur	597
II. Allgemeine, unmittelbare und verbindliche Geltung der VO	599
III. Stellungnahme	599
H. Anweisung des Europäischen Rates an die Europäische Kommission	601
I. Rechtsnatur und Aufgaben des Europäischen Rates	601
II. Rechtsnatur und Legalitätsanforderungen der Entscheidungen	602
1. Rechtsnatur der Entscheidungen des Europäischen Rates	602
a) Grundsatz- und Leitentscheidungen	602
b) Aufforderungen und Beschlüsse	604
2. Legalitätsanforderungen, Justitiabilität und kompetentielle Fragen	605
III. Anweisung des Europäischen Rates vom 10./11.12.2020	607
1. Politischer Hintergrund	607
2. Anweisung des Europäischen Rates	608
a) Inhaltliche Analyse	608
b) Rechtsnatur	610
c) Rechtmäßigkeit	610
IV. Rezeption der Anweisung durch die Europäische Kommission	612
I. Europäisches Parlament als Hüter der Verträge: Untätigkeitsklage	614
J. Abschließende Bewertung	614

## Abstract

In Polen und Ungarn wird seit Jahren das EU-Rechtsstaatsprinzip anhaltend und erheblich verletzt. Betroffen sind das Justizsystem, Korruption, Medienpluralismus sowie Grund- und Menschenrechte für Nichtregierungsorganisationen und Minder-

heiten. Der folgende Beitrag betrachtet die Gründe, warum die Lage der Rechtsstaatlichkeit in beiden Ländern prekär bleibt. Dafür werden die Defizite der vorhandenen EU-Instrumente, insbesondere des Vertragsverletzungsverfahrens und des Art. 7-EUV-Verfahrens, analysiert. Davon ausgehend wird der eine Konditionalisierung von EU-Transferleistungen und EU-Grundwerten vornehmende Rechtsstaatmechanismus vorgestellt und sein konkreter europäischer Mehrwert herausgearbeitet, um Mitgliedstaaten effizient zur Einstellung von Verstößen gegen europäische Grundwerte zu bewegen. Der Beitrag beleuchtet zudem eingehend die unter mehreren Aspekten europarechtswidrige Anweisung des Europäischen Rates an die Europäische Kommission von Dezember 2020, den durch EU-Verordnung 2020/2092 am 1.1.2021 in Kraft getretenen Rechtsstaatsmechanismus bis zur Fertigstellung ihrer Anwendungsleitlinien unter Abwarten des antizipierten EuGH-Urteils nicht anzuwenden. Indem die Kommission dieser Anweisung Folge leistete, verhielt sie sich ihrerseits vertragswidrig. Ihre Aufgabe als „Hüterin der Verträge“ dürfte insoweit auf das Parlament übergegangen sein, das im Oktober 2021 Untätigkeitsklage gegen die Kommission wegen fortgesetzter Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn erhoben hat.

### **European Rule of Law as a Plaything of the EU Institutions? Dealing with Budget Conditionality Using the Example of Rule of Law Breaches in Poland and Hungary**

The respect for the rule of law is continuing to deteriorate in Poland and Hungary. The justice systems, the anticorruption framework, media pluralism and fundamental freedoms for NGOs and minorities are at stake. This paper explores the reasons why the situation in both countries is still in a bad shape. It analyses the deficiencies of the existing EU framework, especially the infringement procedure and the mechanisms of Article 7 TFEU. By demonstrating the structure of the rule-of-law conditionality mechanism its significant European value for tackling the rule of law breaches efficiently becomes apparent. Further key findings concern the Conclusions of the European Council in December 2020. By asking the European Commission to delay the implementation of the Conditionality Regulation No 2020/2092 that entered into force on 1 January 2021, the European Council was exceeding its remit. But, also the Commission itself is in breach with its legal obligations by refraining to make sure that the Regulation is fully applicable. In the meantime its role as the Guardian of the Treaties seems to have been passed to the European Parliament that has taken action under Article 265 TFEU in October 2021 as the Commission continued refraining to act regardless of the ongoing breaches of law in Poland and Hungary.

**Keywords:** Rule of law, Conditionality Regulation No 2020/2092, Conditionality Mechanism, Infringement Procedure, European Council, Soft Law, Failure to Act

## A. Einleitung

Dieser Beitrag betrachtet, inwieweit die Anweisung des Europäischen Rates an die Europäische Kommission (im Folgenden Kommission) rechtmäßig war, den durch Verordnung (EU) 2020/2092 in Kraft getretenen Rechtsstaatsmechanismus vorerst nicht anzuwenden, dem eine Konditionalisierung von EU-Transferleistungen und EU-Grundwerten zugrunde liegt. In diesem Kontext werden die bisher nur rudimentär betrachtete Rechtsnatur von Entscheidungen des Europäischen Rates, seine Kompetenzausübung im Verhältnis zur Kommission sowie die hier aufscheinenden Kompetenzgrenzen eingehend analysiert. Auch vor dem Hintergrund der vom Europäischen Parlament (im Folgenden Parlament) erhobenen Untätigkeitsklage wird die Frage eruiert, inwieweit die Kommission als „Hüterin der Verträge“ angesichts der kontinuierlichen und erheblichen Verstöße Polens und Ungarns gegen die europäischen Grundwerte einschließlich der Rechtsstaatlichkeit ihrer Pflicht zur Überwachung des europäischen Rechts nachkommt. Dafür werden nach einem Überblick über das Geschehen (Kap. B.) der Gehalt der Rechtsstaatlichkeit als einem zentralen EU-Grundwert verortet (Kap. C.) sowie Telos, Struktur und Defizite der drei traditionellen EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumente – Rechtsstaatsdialog, Vertragsverletzungsverfahren und Rechtsstaatlichkeitsverfahren – aufgezeigt (Kap. D.). Davon ausgehend werden die Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn sowie die Anwendung des traditionellen Instrumententrios durch die EU-Institutionen analysiert. Daraus abgeleitet folgt die Beurteilung, inwieweit sich diese Instrumente eignen, nationalen Rechtsstaatlichkeitsverletzungen effizient zu begegnen (Kap. F.). Nachdem sodann der neue EU-Rechtsstaatsmechanismus in Funktionsweise und Rechtsverbindlichkeit vorgestellt wird, wird sein Mehrwert gegenüber dem vorhandenen EU-Instrumentenkanon herausgearbeitet (Kap. G.). Im Anschluss werden die Rechtsnatur des Europäischen Rates, seiner Entscheidungen und die hier geltenden Legalitätsanforderungen dezidiert in den Blick genommen sowie seine Anweisung an die Kommission, den Rechtsstaatsmechanismus vorerst nicht anzuwenden, und ihre Reaktion auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht (Kap. H.). Letzteres bildet wiederum Grundlage für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Untätigkeitsklage (Kap. I.).

## B. Überblick: kontextuale Einordnung

Die europäischen Grundwerte stehen zunehmend unter Druck. Insbesondere die Entwicklungen in Polen und Ungarn haben auf europäischer und nationaler Ebene eine intensive Rechtsstaatlichkeits- und Demokratiedebatte ausgelöst. Wiederholt kritisch äußerten sich u.a. die Kommission für Demokratie durch Recht des Europarats (sog. Venedig-Kommission), das Netzwerk der Präsidenten der obersten Gerichtshöfe der Europäischen Union, das European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) und das Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte der OSZE (BDIMR). Die Eröffnung des Rechtsstaatlichkeitsverfahrens wegen Missachtung der europäischen Grundwerte beantragten die Kommission gegen

Polen am 20.12.2017 sowie das Parlament gegen Ungarn am 12.9.2018. Daneben leitete die Kommission eine Reihe von Vertragsverletzungsverfahren gegen beide Länder v.a. wegen der Verletzung der Unabhängigkeit der Justiz sowie europäischer Grundrechte ein. Vor diesem Hintergrund wird eine Verfassungskrise der Europäischen Union<sup>1</sup> konstatiert und die Frage nach der Erosion des europäischen Rechtsstaates<sup>2</sup> gestellt. Diese Besorgnis vertieft sich vor dem Eindruck der erstmaligen Nichtanerkennung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) durch einen Mitgliedstaat, konkret des Urteils vom 6.9.2017<sup>3</sup> zur Rechtmäßigkeit des Umverteilungsmechanismus für Flüchtlinge durch Ungarn, sowie aktueller Entwicklungen in Polen ( Kap. E. I. 2. c) u. d) a.E., Kap. E. III.).

Die Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte sind zentrale europäische Grundwerte. Aufgrund der Wahrnehmung, dass das traditionelle EU-Instrumententrio an seine Grenzen gelangt war, wurde der Instrumentenkanon mit der EU-Verordnung 2020/2092 vom 16.12.2020 verbreitert. Diese auch als Rechtsstaatsmechanismus bekannte Verordnung über eine „allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union“<sup>4</sup> soll den Schutz der europäischen Grundwerte über eine Konditionalität zwischen diesen und dem EU-Haushalt gewährleisten und die EU in die Lage versetzen, tatsächlich Sanktionsmaßnahmen gegen einen Mitgliedstaat ergreifen zu können. Die Verordnung trat am 1.1.2021 in Kraft. Die politische Sensibilität des Themas zeigte sich deutlich vor der greifbaren Finalisierung der Verhandlungen zum Mehrjährigen Finanzrahmen (MFR) 2021–2027, als die polnische und die ungarische Regierung ein Veto einzulegen drohten. Dieses Veto bedrohte die einstimmig zu beschließende MFR-Verordnung einschließlich des Corona-Wiederaufbaufonds „Next Generation EU“ (NGEU). Zwischenzeitlich hatten zudem beide Länder angekündigt, Nichtigkeitsklage gegen den Rechtsstaatsmechanismus beim EuGH zu erheben. Der Europäische Rat lenkte dann im Dezember 2020 ein, indem er in seinen Schlussfolgerungen sowohl die Grenzen des Rechtsstaatsmechanismus herausstellte als auch prozedurale Absichtserklärungen formulierte. Konkret gab er der Kommission die Anweisung, zunächst das EuGH-Urteil abzuwarten, sodann ihre die Anwendung des Rechtsstaatsmechanismus konkretisierenden Leitlinien unter Berücksichtigung des EuGH-Urteils anzunehmen und erst danach den Mechanismus anzuwenden. Im Ergebnis handelte es sich um ein Moratorium für die Verordnung 2020/2092, das – die durchschnittliche Verfahrensdauer beim EuGH von anderthalb Jahren angelegt – bis mindestens September 2022 und damit bis nach der ungarischen Parlamentswahl wirken würde. Im Anschluss nahmen die polnische und die ungarische Regierung von ihrem Veto gegen den künftigen Haushalt Abstand. Der Umgang der Kommission mit der Erklärung des Europäischen Rates weist darauf hin, dass sie die damit verbundene Intention akzeptierte. Denn sie unterließ im Folgenden, Schritte gemäß dem

1 Von Bogdandy/Ioannidis, ZaöRV 2014/2, S. 284 ff.; ähnl. Giegerich, ZEuS 2019/1, S. 107.

2 Voßkuhle, NJW 2018/43, S. 3154 f.

3 EuGH, verb. Rs. C-643/15 u. C-647/15, *Slowakische Republik und Ungarn v. Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2017:631.

4 VO (EU/Euratom) 2020/2092, ABl. L 433 v. 22.12.2020, S. 1.

Rechtsstaatsmechanismus gegen Polen und Ungarn ungeachtet deren gravierender Probleme bei der Wahrung der europäischen Grundwerte einzuleiten. Im Herbst 2021 zog die Kommission teilweise Konsequenzen, indem sie die Gelder für beide aus dem NGEU zurückhält; dies geschieht allerdings im Rahmen des Europäischen Semesters und damit außerhalb des Rechtsstaatsmechanismus (Kap. H. IV.). Das Parlament forderte die Kommission mehrfach zu dessen Anwendung unter Ankündigung der Untätigkeitsklage auf, die es schließlich am 29.10.2021 erhob.

### C. Rechtsstaatlichkeit als europäischer Grundwert

Die EU ist eine Rechtsgemeinschaft.<sup>5</sup> Ungeachtet des Umstandes, dass sie keinen Staat, sondern einen Staatenverbund<sup>6</sup> bildet, ist die Geltung der Legalitätsanforderung „Rechtsstaatlichkeit“ für die EU anerkannt. Die Rechtsstaatlichkeit ist ein aus den nationalen Rechtsordnungen adaptierter, grundlegender Wert der Europäischen Union, s. Art. 2 EUV, 4. Erwägungsgrund (Erwgr) Präambel zum EUV, 2. Erwgr Grundrechtecharta (GRCh). Ausweislich ihres ausgeprägten materiell-rechtlichen Gehalts umfasst sie u.a. den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Rechtmäßigkeitsprinzip, die Rechtssicherheit, das Willkürverbot für die Exekutive, richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, wirksamen Rechtsschutz auch im Hinblick auf die europäischen Grundrechte sowie die Gleichheit vor dem Gesetz.<sup>7</sup> Der EuGH entwickelte in seiner Rechtsprechung weitere Untergrundsätze des Rechtsstaatsprinzips, wie den Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Rückwirkungsverbot und den Bestimmtheitsgrundsatz.<sup>8</sup> Die Rechtsstaatlichkeit weist eine enge Verbindung zu Demokratie, Menschenrechten und Gleichheit auf. Die Verflechtung mit den Menschenrechten kommt insoweit zum Ausdruck, als diese die Menschenwürde, das Freiheitsgebot und die (materielle) Rechtsstaatlichkeit konkretisiert sowie die Verbindung zur Grundrechtecharta herstellt.<sup>9</sup> Letztere stellt ihrerseits die europäischen Grundrechte in den Dienst der Werte der Union, s. 2. u. 3. Erwgr Präambel GRCh. Die Bindungswirkung der europäischen Grundwerte erstreckt sich sowohl auf die Mitgliedstaaten während ihrer Mitgliedschaft gem. Art. 4 Abs. 3 UA 3 EUV als auch auf die Beitrittskandidaten, die sich diese gem.

5 EuGH, Rs. C 294/83, *Les Verts v. Europäisches Parlament*, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23; EuGH, Rs. C-229/05 P, *PKK und KNK v. Rat*, ECLI:EU:C:2007:32, Rn. 109; EuGH, Rs. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v. Rat*, ECLI:EU:C:2002:462, Rn. 38 f.; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. 415/05 P, *Kadi v. Rat und Europäische Kommission*, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 316.

6 BVerfGE 123, 267 (348); EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 106; EuGH, Rs. C-619/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 71 ff.

7 Sommermann, in: Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht*, S. 257 ff.; *Europäische Kommission*, COM(2018) 324 final, Art. 2 lit. a); *dies.*, Mitteilung, COM(2014) 158 final, S. 4.

8 EuGH, Rs. C 90/95 P, *Henri de Compte v. Europäisches Parlament*, ECLI:EU:C:1997:198, Rn. 25; EuGH, Rs. C 98/78, *Racke v. Hauptzollamt Mainz*, ECLI:EU:C:1979:14, Rn. 2 ff.; EuGH, Rs. C 169/80, *Administration des douanes v. Gondrand and Garancini*, ECLI:EU:C:1981:171, Rn. 17 ff.

9 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 2 EUV, Rn. 27.

Art. 49 EUV zu Eigen machen müssen. Wie der Europäische Rat im Juni 1993<sup>10</sup> zu-  
treffend unterstrich, gilt das Kopenhagener Beitrittskriterium der institutionellen  
Stabilität als Garant für eine rechtsstaatliche Ordnung. Art. 7 EUV und Art. 2 EUV  
begründen die Vermutung, dass die Staaten den EU-Grundwerten einschließlich der  
Rechtsstaatlichkeit genügen. Diese Vermutung ist unerlässlich für das Vertrauen in  
die europäische Rechtsordnung wie das Selbstverständnis Europas als Union frei-  
heitlicher Demokratien.<sup>11</sup>

Die Einhaltung der europäischen Werte und insbesondere der Rechtsstaatlichkeit  
ist für die europäische Einigung zentral. Diese Einschätzung teilen die Mitgliedstaa-  
ten, die EU-Institutionen und die Unionsbürger. So betonte Bundeskanzlerin Ange-  
la Merkel im Juni 2018, die EU müsse ihr Friedens- und Sicherheitsversprechen ge-  
genüber den Unionsbürgern erneuern und verwies dafür auf die europäischen  
Grundüberzeugungen Demokratie, Rechtsstaat und Menschenwürde.<sup>12</sup> Der frühere  
Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker machte in seiner Rede vom 12.9.2018<sup>13</sup>  
deutlich, dass dort, wo der Rechtsstaat gefährdet sei, das Rechtsstaatlichkeitsverfah-  
ren auch angewandt werden müsse. In seinem sechsten Zukunftsszenario stellte er  
Europa als Werteunion heraus mit der Rechtsstaatlichkeit als einem von drei „un-  
verrückbaren Grundprinzipien“ und der Pflicht, EuGH-Urteile stets zu respektie-  
ren.<sup>14</sup> Die überragende Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit unterstrichen ferner die  
Staats- und Regierungschefs in der Strategischen Agenda vom 21.6.2019.<sup>15</sup> Ursula  
von der Leyen begriff, noch als Kandidatin für das Amt der Kommissionspräsidentin,  
die Wahrung der europäischen Grundwerte als Grundpfeiler der europäischen  
Integration und betonte am 16.7.2019 in ihren Politischen Leitlinien: „Bei der Ver-  
teidigung unserer Grundwerte dürfen wir keine Kompromisse eingehen. Angriffe  
auf die Rechtsstaatlichkeit erschüttern die Union in ihren rechtlichen, politischen  
und wirtschaftlichen Grundfesten (...) Ich werde auf einer strengeren Durchsetzung  
bestehen (...) Ich unterstütze den Vorschlag, die Rechtsstaatlichkeit zu einem inte-  
gralen Bestandteil des nächsten mehrjährigen Finanzrahmens zu machen.“<sup>16</sup> In ihrer  
Eröffnungsrede zur Plenartagung des Parlaments am 16.7.2019 hob sie hervor: „Jus-  
titia verteidigt das Recht blind, gegen jeglichen Angriff (...) Die Rechtsstaatlichkeit  
gilt uneingeschränkt, sie gilt für alle.“<sup>17</sup> Auch eine überragende Mehrheit der Uni-  
onsbürger erachtet Rechtsstaatlichkeit als hohes Gut. In der Eurobarometer-Son-

10 *Europäischer Rat*, Bulletin der EG, 6/1993, I.1, I.13; SN 180/1/93, 7.

11 *S. von Bogdandy/Ioannidis*, ZaöRV 2014/2, S. 283 f.

12 *Merkel*, Zukunft Europas: Europa muss handlungsfähig sein, Frankfurter Allgemeine  
Sonntagszeitung (FAS), Interview v. 3.6.2018, abrufbar unter: <https://www.bundeskanzler.in.de/bkin-de/aktuelles/europa-muss-handlungsfahig-sein-1141498> (12.11.2021).

13 *Juncker*, Die Stunde der europäischen Souveränität, Rede zur Lage der Union 2018, ab-  
rufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu2018-speech\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu2018-speech_de.pdf)  
(12.11.2021).

14 *Juncker*, Wind in unseren Segeln, Rede zur Lage der Union 2017, 13.9.2017, abrufbar un-  
ter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH\\_17\\_3165](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_17_3165)  
(12.11.2021).

15 *Europäischer Rat*, Eine neue Strategische Agenda für 2019-2024, 2019, S. 3, 7.

16 Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019-2024, S. 17 f.

17 *Von der Leyen*, SPEECH/19/4230.



derumfrage vom Herbst 2020 hielten die Befragten die Achtung der Demokratie, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit als wichtigste resp. als wichtigste gemeinsame Vorteile der EU.<sup>18</sup>

## D. Defizite des traditionellen EU-Instrumententrios

Zur Ahndung von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen die Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte stehen primärrechtlich v.a. das Vertragsverletzungsverfahren und das Rechtsstaatlichkeitsverfahren zur Verfügung. Die Staaten sind gleich der EU verpflichtet, die Grundlagen des europäischen Vertragswerks zu achten und zu bewahren. Die Kommission nimmt hier als „Hüterin der EU-Verträge“ eine besondere Rolle ein, da sie gem. Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV die Anwendung des Unionsrechts überwacht. Der Rechtsstaatsdialog ist ein Instrument des unionalen *soft law*. Im Folgenden werden diese drei Instrumente in Telos und Struktur vorgestellt und evaluiert. Nicht Gegenstand dieses Beitrages sind die von der Kommission im April 2019 evaluierten weiteren Instrumente des EU-Instrumentenkans.<sup>19</sup>

## I. EU-Rechtsstaatsdialog

Die Kommission stellte im März 2014 den „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“<sup>20</sup> vor. Der als Frühwarnmechanismus zum Art. 7 EUV-EUV-Verfahren konzipierte Rechtsstaatsdialog verläuft in drei Phasen, die eine Sachstandsanalyse, Rechtsstaatlichkeitsempfehlungen und ein Monitoring umfassen. Einen dialogisch-kommunikativen Ansatz verfolgend warb die Kommission im April 2019<sup>21</sup> dafür, eine „Kultur der Rechtsstaatlichkeit“ in den Mitgliedstaaten durch mehr Kommunikation und grenzüberschreitenden Austausch zu fördern. Die Stärke des Rechtsstaatsdialoges ist gleichzeitig seine Schwäche: Es handelt sich um nicht weniger und nicht mehr als ein Angebot zum Dialog. Ist ein Mitgliedstaat aber nicht willens, auf informellem Wege mit der EU zu kooperieren, bleibt die Wirkung des Dialoges überschaubar.

## II. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV

Mit dem Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258, 260 AEUV reagiert die Kommission auf Verstöße eines Mitgliedstaates gegen seine unionsrechtlichen Verpflichtungen. Es verläuft in drei Stufen: Den bis ca. 2016 der ersten Stufe noch regelmäßig vorangehenden sog. EU-Piloten wendet die Kommission trotz eigener positi-

18 Eurobarometer 500, Die Zukunft Europas, Zeitraum 22.10.–20.11.2020, S. 10, 103 ff.

19 Europäische Kommission, Mitteilung, COM(2019) 163 final.

20 Europäische Kommission, Mitteilung, COM(2014) 158 final.

21 Europäische Kommission, Mitteilung, COM(2019) 163 final.



ver Evaluation nur noch vereinzelt an.<sup>22</sup> Ihr verfahrenseröffnendes Aufforderungsschreiben (vertrauliches Mahnschreiben) bildet die erste offizielle Verfahrensstufe, s. Art. 258 Abs. 1 HS 2 AEUV. Auf zweiter Stufe folgt die „mit Gründen versehene Stellungnahme“ (sog. begründete Stellungnahme); auf dritter Stufe steht die Klagerhebung vor dem EuGH. Dieser beurteilt, ob ein Staat die ihm in der begründeten Stellungnahme vorgeworfene Vertragsverletzung begangen und innerhalb der hier gesetzten Frist nicht abgestellt hat. Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung<sup>23</sup> ist das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Situation zu beurteilen, in der sich der Staat bei Fristablauf befand; spätere Veränderungen werden nicht berücksichtigt. Bei erfolgloser Einigung endet das Verfahren mit Urteil gem. Art. 260 Abs. 1 AEUV, was relativ selten ist, da die Streitigkeiten überwiegend früher geklärt werden können. Zudem kann die Kommission bereits im ersten Verfahren im Wege der einstweiligen Anordnung gem. Art. 279 AEUV die Festsetzung eines Zwangsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Zwischenverfügung oder Anordnung beantragen. Auch wenn sich das Verletzungsverfahren insgesamt in der Praxis als relativ schwerfällig erweist, gelten seine Erfolge bei der Kontrolle nationaler Rechtsakte und unionswidriger Verwaltungspraktiken als unbestritten. Kommt ein Mitgliedstaat den sich aus dem EuGH-Urteil ergebenden Maßnahmen nicht nach, sieht Art. 260 Abs. 2 EUV ein zweites Vertragsverletzungsverfahren vor: Hat der Staat ein förmliches Aufforderungsschreiben nach Art. 260 Abs. 2 EUV erhalten, kann die Kommission Klage vor dem EuGH erheben und finanzielle Sanktionen in Form eines Pauschalbetrags und/oder eines Zwangsgeldes vorschlagen. Verhängt diese der EuGH und folgt ein Vollstreckungsverfahren, ist allein er zur materiellen Überprüfung der nationalen Abhilfemaßnahmen berufen.<sup>24</sup>

Das objektiv-rechtlich konzipierte Vertragsverletzungsverfahren soll die Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen anhalten. Es dient weder der Klärung abstrakter Rechtsfragen noch der Frage, ob ein Staat in der Vergangenheit Unionsrecht verletzt hat; seine „Anprangerung“ ist allenfalls nützliche Nebenwirkung.<sup>25</sup> Einerseits sind die Verfahrensstufen deutlich einfacher als das Art. 7 EUV-Verfahren aktivierbar, und Sanktionen sind auch per Aufrechnung durchsetzbar. Im „worst case“ sind infolge der Verschärfung des Verfahrens durch die Kommission sogar kumulativ Zwangsgeld und Pauschalbetrag möglich,<sup>26</sup> was einen Mitgliedstaat (und seine Untergliederungen nach innerstaatlichem Regress<sup>27</sup>) empfindlich treffen kann. Andererseits eignet sich das Verletzungsverfahren bei

22 *Europäische Kommission*, Mitteilung, C(2016) 8600 final, S. 5; *dies.*, COM(2017) 370 final, S. 25 f.

23 EuGH, Rs. C-286/12, *Kommission v. Ungarn*, EU:C:2012:687, Rn. 41 m.w.N.; EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924.

24 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 24 m.w.N.

25 *Karpenstein*, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), Art. 258 AEUV, Rn. 1 f.

26 *Europäische Kommission*, Mitteilung, C(2016) 8600 final.

27 So regelt Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG eine angemessene Lastenteilung. Bei Länderzuständigkeit kann der im Verhältnis zur EU zunächst zahlungsverpflichtete Bund die Sanktion später bei den Bundesländern regressieren. Sein Anspruch entsteht bei Leistungserfüllung, s. § 5 LastG.

Rechtsstaatlichkeitsverstößen eines Mitgliedstaates nur bedingt. Denn es ahndet konkrete Einzelverstöße gegen bestimmte unionsrechtliche Maßstäbe und ist mithin nicht immer einschlägig. Zudem verfügt die Kommission nach ständiger EuGH-Rechtsprechung<sup>28</sup> über Ermessen bei der Verfahrenseinleitung und nach dem Wortlaut des Art. 258 Abs. 2 AEUV grundsätzlich (grdsl.) auch bei Klagerhebung. Auch ist das Verfahren mit einer Durchschnittsdauer von drei Jahren bis zur Feststellung eines Vertragsverstoßes langwierig,<sup>29</sup> wobei der EuGH allerdings eine Beschleunigung im Wege einstweiliger Anordnung als unproblematisch betrachtet, da damit die „volle Wirksamkeit der künftigen Endentscheidung“<sup>30</sup> gewährleistet werden soll.

### III. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV

Das Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV soll als Ausdruck einer „streitbaren Demokratie“<sup>31</sup> in der EU Wirkung entfalten. Einerseits geht es repressiv um den Schutz der Homogenität der EU vor einer Abkehr der etablierten Mitgliedstaaten, andererseits präventiv um eine Signalwirkung für künftige Mitgliedstaaten.<sup>32</sup> Es umfasst drei Stufen: Die erste Stufe ist als Frühwarnsystem angelegt: Nachdem ein Drittel der Staaten, das Parlament oder die Kommission einen hinreichend substantiiert begründeten Einleitungsvorschlag vorgelegt haben, kann der Rat der Europäischen Union (im Folgenden Rat) feststellen, dass eine „eindeutige Gefahr“ einer schwerwiegenden Verletzung der Grundsätze gem. Art. 2 EUV durch einen Staat besteht. Der Einleitungsvorschlag muss nicht zwingend zu dieser Feststellung führen, der Rat verfügt vielmehr über Ermessen (Art. 7 Abs. 1 EUV, „kann“). Seine Prognoseentscheidung bedarf einer Vier-Fünftel-Mehrheit, mithin derzeit 22 von 27 Stimmen (ohne die Stimme des betroffenen Mitgliedstaates). Der Ratsbeschluss ist an die parlamentarische Zustimmung geknüpft, s. Art. 7 Abs. 1 EUVV. Bei Ausbleiben einer adäquaten nationalen Reaktion kann der Europäische Rat in zweiter Stufe eine „schwerwiegende und anhaltende Verletzung“ der in Art. 2 EUV genannten Grundwerte gem. Art. 7 Abs. 2 EUV feststellen. Dabei ist die Hürde der Einstimmigkeit zu nehmen. Auch hier ist die parlamentarische Zustimmung notwendig, s. Art. 7 Abs. 2, Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 4 AEUV. In der dritten Stufe kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit Sanktionen gem. Art. 7 Abs. 3 UA 1 EUV beschließen. Dabei kann als *ultima ratio* das Stimmrecht des betroffenen Mitgliedstaats bei den Ministerräten entzogen werden; aussetzbar sind daneben Anwesenheits-, Rede- und Mitwirkungsrechte. Ob auch finanzielle Sanktionen im

28 EuGH, Rs. C-87/89, *Sonito and others v. Commission*, ECLI:EU:C:1990:213; Rs. C-236/99, *Commission v. Belgium*, ECLI:EU:C:2000:374.

29 Karpenstein, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), Art. 258 AEUV, Rn. 13.

30 EuGH, Rs. C-441/17 R, *Commission v. Polen*, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 94, 97.

31 Ähnl. Schorkopf, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 7 EUV, Rn. 11.

32 Manin, Col.J.E.L. 1998/1, S. 23.

Zusammenhang mit dem unionalen Finanztransfer verhängbar sind, ist umstritten.<sup>33</sup> Unstrittig ist jedenfalls, dass sich ein bisweilen geforderter EU-Ausschluss eines Mitgliedstaates, wie Polens oder Ungarns,<sup>34</sup> schon wegen des Wortlauts des Art. 7 Abs. 3 UA 1 S. 1 EUV (Aussetzung „bestimmte(r) Rechte“) nicht aus einem Sanktionsbeschluss ergeben kann. Der Austritt von Staaten richtet sich zwingend nach Art. 50 EUV, und es bedarf eines Austrittsgesuches des jeweiligen Staates auch dann, wenn sich ein Staat mit den EU-Grundwerten weniger identifizieren kann. Im Übrigen wäre eine neue EU-Ausschlussklausel für Staaten, die anhaltend und erheblich EU-Grundwerte verletzen, allein mit dem ordentlichen Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 EUV einführbar und scheint aufgrund des hier erforderlichen Konsenses der Staaten wenig realistisch.

Konzeptionell handelt es sich beim Rechtsstaatlichkeitsverfahren um ein politisches Verfahren, das auf Verletzungen der europäischen Grundwerte aufmerksam macht. Es soll eine gravierende Abweichung vom EU-Wertekanon durch einen Mitgliedstaat abgewehrt werden, die in ihrer Allgemeinheit jedenfalls regelmäßig nicht mit dem Vertragsverletzungsverfahren justitiabel ist. Insoweit ermöglicht es zwar einen „Schuss vor den Bug“; es geht aber mehr um politische Reaktionen auf systemische Veränderungen der Zustände in den betroffenen Staaten. Diese Ausrichtung spiegelt sich in seiner schwachen Struktur wider: Auch dann, wenn Staaten erheblich von EU-Grundwerten abweichen, müssen sie gegenwärtig keine Sanktionen gem. Art. 7 EUV befürchten. So liegt bereits die Feststellung des Vorliegens einer Gefahr in erster Stufe im Ermessen des Rates. Insbesondere ist ein Rechteentzug durch einen Sanktionsbeschluss in dritter Stufe politisch unwahrscheinlich, da diesem zwingend der auf zweiter Stufe angesiedelte, einstimmige Feststellungsbeschluss des Europäischen Rates vorangehen muss. Ein Sanktionsbeschluss ist damit generell unrealistisch, da zu erwarten ist, dass Staaten, die ebenfalls Rechtsstaatlichkeitsprobleme haben oder auf den zu sanktionierenden Mitgliedstaat angewiesen sind, auf zweiter Stufe – im Europäischen Rat – ihr Veto einlegen. Folglich bildet das Rechtsstaatlichkeitsverfahren ein „stumpfes Schwert“. Dessen Schwäche liegt ferner in der nur begrenzten Justiziabilität, denn lediglich seine Verfahrensbestimmungen sind gem. Art. 269 AEUV justitiabel. Auch hier ist eine mögliche konsensual herbeizuführende Vertragsänderung kurz- wie auch mittelfristig nicht in Sicht.

### E. Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn

Kehren sich einzelne oder mehrere Staaten verstärkt von den europäischen Grundwerten ab, erschüttert das die Art. 7 EUV und Art. 2 EUV inhärente Vermutung, dass sie den Anforderungen der europäischen Grundwerte gerecht werden. Hier ge-

33 Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 7 EUV, Rn. 25; a.A. Schorkopf, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 7 EUV, Rn. 43.

34 Rettmann, Poland could accidentally leave EU, Tusk warns, EUobserver, 6.11.2018, abrufbar unter: <https://euobserver.com/brexit/143301> (12.11.2021); SZ, 25.6.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/y14f> (12.11.2021).

raten v.a. die Entwicklungen in Polen und Ungarn und das teilweise als unzureichend erachtete Handeln der EU-Institutionen in den Blick.

## I. Polen

Kern der Kritik gegen die polnische Regierung sind die Justizreformen, die sich auf die gesamte Struktur des polnischen Justizsystems auswirken. Sie waren 2015 von der in Warschau regierenden konservativen Partei für Recht und Gerechtigkeit (PiS) von Jarosław Kaczyński auf den Weg gebracht worden. Die mehr als 13 Gesetze betreffen u.a. den Verfassungsgerichtshof, Zwangspensionierungen von Richtern des Obersten Gerichts, die Amtszeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit und von Staatsanwälten, die Wahl der Mitglieder des Landesjustizrates durch das polnische Parlament (den Sejm), Disziplinarregelungen für Richter sowie den sog. außerordentlichen Rechtsbehelf.

### 1. EU-Rechtsstaatsdialog

Die Kommission gab zunächst im Wege des Rechtsstaatsdialoges (Kap. D. I.) insgesamt vier Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit<sup>35</sup> gegenüber Polen ab: am 27.7. und 21.12.2016 sowie am 26.7. und 20.12.2017. Zusammenfassend beanstandete sie, dass die Justizreformen das Oberste Gericht, den Landesjustizrat und die ordentlichen Gerichte unter die Kontrolle der Regierung bzw. der Exekutive stellen – mit erheblichen Auswirkungen auf die verfassungsgemäße Gewaltenteilung und die Unabhängigkeit der Justiz. Daneben stand die Befürchtung im Raum, ein befangenes Oberstes Gericht könne Wahlen für ungültig erklären. Bundeskanzlerin Merkel erklärte dazu am 26.9.2017, das Schweigen über die Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen sei falsch gewesen.<sup>36</sup> Da die polnische Regierung nicht oder unzureichend (Kap. E. I. 2. b) auf die in ihren ersten drei Empfehlungen genannten Bedenken einging, folgte eine vierte Empfehlung. Die Kommission konstatierte im April und Mai 2018, eine beliebig lange Fortführung dieses bilateralen Prozesses sei nicht zielführend, da durch die bereits vollzogenen Reformen im polnischen Justizsystem irreversible Veränderungen zum Nachteil der Rechtsstaatlichkeit erfolgt seien und zeitnah weitere Akte bevorstünden.<sup>37</sup> Der Rechtsstaatsdialog verhalte somit ohne die gewünschte Resonanz.

35 Empfehlung (EU) 2016/1374, ABl. L 217 v. 12.8.2016, S. 53; Empfehlung (EU) 2017/146, ABl. L 22 v. 27.1.2017, S. 65; Empfehlung (EU) 2017/1520, ABl. L 228 v. 2.9.2017, S. 19; Empfehlung (EU) 2018/103, ABl. L 17 v. 23.1.2018, S. 50.

36 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11850, 30.8.2017, S. 2.

37 *Der Beobachter der Länder bei der Europäischen Union*, Bericht 18/18, 3615. u. 3616. Ratstagung, S. 24.

## 2. Vertragsverletzungsverfahren

### a) Ruhestandsmindestalter für Richter ordentlicher Gerichte

In dem am 26.7.2017 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren<sup>38</sup> reagierte die Kommission auf die Novellen des Gesetzes über die ordentliche Gerichtsbarkeit.<sup>39</sup> Im hier angelegten unterschiedlichen Ruhestandsmindestalter für weibliche (60 Jahre) und männliche Richter (65 Jahre) – das auch für Staatsanwälte an polnischen Staatsanwaltschaften galt – sah sie eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie in den einhergehenden Ruhegehaltsregelungen einen Verstoß gegen Art. 157 AEUV und Art. 5 lit. a), Art. 9 Abs. 1 lit. f) Richtlinie 2006/54/EG. Sodann beanstandete sie die dem Justizminister übertragenen Kompetenzen, nach freiem Ermessen die Amtszeit von Richtern, die das Ruhestandsalter erreicht haben, bis zum Alter von 70 Jahren zu verlängern sowie Gerichtspräsidenten zu entlassen und zu ernennen, da dies die Grundsätze der Unabsetzbarkeit von Richtern und die Unabhängigkeit der Justiz gem. Art. 19 Abs. 1 UA 2 EUV i.V.m. Art. 47 GRCh tangierte. Nachdem die Kommission am 12.9.2017 beschlossen hatte, Polen ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV zu übermitteln,<sup>40</sup> erhob sie am 20.12.2017 Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV. Am 12.4.2018 unterzeichnete der Staatspräsident eine Gesetzesnovelle,<sup>41</sup> nach der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit bis zum 65. Lebensjahr im Amt bleiben dürfen, ohne dafür das Einverständnis des Justizministers einholen zu müssen. Dies kommt allerdings nur denjenigen zugute, die bis zum 30.4.2018 ihr 60. Lebensjahr vollendet hatten. Da aber zum Zeitpunkt der Novelle das Vertragsverletzungsverfahren anhängig war, kam die Gesetzesänderung um ca. ein halbes Jahr zu spät.<sup>42</sup> Dem liegt die zitierte ständige EuGH-Rechtsprechung zugrunde, wonach die Vertragsverletzung zum Zeitpunkt des Ablaufs der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist maßgeblich ist.<sup>43</sup> Der EuGH gab der Klage mit Urteil vom 5.11.2019<sup>44</sup> vollumfänglich statt und stellte den Verstoß Polens gegen die genannten Verpflichtungen aus europäischem Recht fest.

38 INFR(2017)2119.

39 Art. 13 Nrn. 1 bis 3 und Art. 1 Nr. 26 lit. b) und c) des Gesetzes v. 12.7.2017 zur Änderung des Gesetzes über den Aufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit und einiger anderer Gesetze.

40 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/17/3186.

41 Gesetz v. 12.4.2018 zur Änderung des Gesetzes über die ordentliche Gerichtsbarkeit, des Gesetzes über den Landesjustizrat sowie des Gesetzes v. 8.12.2017, Dz. U. 2018, Pos. 848.

42 EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 45 f., 83.

43 EuGH, Rs. C-286/12, *Kommission v. Ungarn*, ECLI: EU:C:2012:687, Rn. 41 m.w.N.; EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924.

44 EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924.

*b) Zwangspensionierungen amtierender Richter*

In dem am 2.7.2018 eingeleiteten Verfahren<sup>45</sup> wandte sich die Kommission gegen die im novellierten Gesetz über das Oberste Gericht (geändert durch Gesetz vom 10.5.2018)<sup>46</sup> vorgesehenen Zwangspensionierungen amtierender Richter des Obersten Gerichts, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes am 3.4.2018 berufen worden waren. Vorgesehen war die Herabsenkung des Pensionsalters von 70 auf 65 Jahre, was nach damaligem Stand 27 der 72 Richter mit sofortiger Wirkung betroffen hätte. Zwar konnten die Richter unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Staatspräsidenten den Wunsch äußern, ihre Amtszeit über das normale Ruhestandsalter hinaus um drei Jahre zu verlängern (zweimal möglich). Es fehlten jedoch transparente, der präsidialen Entscheidung zugrundeliegende Kriterien, die zudem weder zu begründen noch anfechtbar war. Auch die sechsjährige, in Art. 183 Abs. 3 der polnischen Verfassung verbürgte Amtszeit der Ersten Präsidentin des Obersten Gerichts, Małgorzata Gersdorf, wäre damit vorzeitig – und nicht wie vorgesehen am 30.4.2020 – beendet worden. Als diese davon absah, Staatspräsident Andrzej Duda in der vorgesehenen Frist um Verlängerung zu ersuchen, vertraten dieser und Ministerpräsident Mateusz Morawiecki die Auffassung,<sup>47</sup> Gersdorf befinde sich nunmehr im Ruhestand – anders als die Generalversammlung des Obersten Gerichts.<sup>48</sup> Die Herabsetzung des Ruhestandsalters, gekoppelt mit einer freien Ermessensentscheidung des Präsidenten zur Amtszeitverlängerung, war daher aus Kommissionssicht unvereinbar mit dem Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 1 UA 2 EUV i.V.m. Art. 47 GRCh. Insbesondere widersprachen die Regelungen den Grundsätzen der Unabsetzbarkeit von Richtern und der richterlichen Unabhängigkeit.

Polen hatte im Zuge des Rechtsstaatsdialoges die Regelung aufgenommen, dass der Staatspräsident vorher die Stellungnahme des Landesjustizrates einholt. Allerdings ist dessen Stellungnahme nicht bindend und beruht auf unklaren Kriterien. Überdies war für Richter, die nach dem 3.7.2018 ihr 65. Lebensjahr vollendeten, keine Frist für die Einholung der präsidialen Stellungnahme vorgesehen, was den Zeitraum ausdehnen kann, in dem ihr Amtsverbleib im freien präsidialen Ermessen ist. Hinzu trat der Umstand, dass 15 der 27 Mitglieder des Landesjustizrats infolge Reform vom 8.12.2017<sup>49</sup> nicht mehr wie bislang gem. Art. 187 der polnischen Verfassung von der Richterschaft, sondern ausschließlich vom Sejm gewählt werden. Da die Neubesetzung aber ihrerseits dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

45 INFR(2017)2121.

46 Gesetz v. 8.12.2017 über das Oberste Gericht, Dz. U. 2018, Pos. 5, mehrfache Änderungen, u. a. durch das Gesetz v. 10.5.2018 zur Änderung des Gesetzes über die ordentlichen Gerichte, des Gesetzes über das Oberste Gericht und einiger anderer Gesetze, Dz. U. 2018, Pos. 1045.

47 Prawo, 4.7.2018, abrufbar unter: <https://t1p.de/dqno> (12.11.2021); onet, 3.7.2018, abrufbar unter: <https://t1p.de/d31c> (12.11.2021).

48 Beschluss u. Resolutionen v. 28.6.2018, abrufbar unter: <https://t1p.de/of7p> (12.11.2021).

49 Gesetz v. 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes über den Landesjustizrat und einiger anderer Gesetze, Dz. U. 2018, Pos. 3.

widerspricht, kann sich die Konsultation des Landesjustizrates aus Kommissions-sicht nicht eignen, Rechtskonformität herzustellen. Nachdem die Kommission am 14.8.2018 Polen ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übermittelt hatte,<sup>50</sup> beschloss sie am 24.9.2018, Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 EUV zu erheben und beantragte den Erlass einstweiliger Anordnungen gem. Art. 279 AEUV i.V.m. Art. 160 Abs. 7 EuGH-Verfahrensordnung. Letzterem gab EuGH-Vizepräsidentin Rosario Silva de Lapuerta am 19.10.2018 statt und ordnete gegenüber Polen an, den betroffenen Richtern bis zum Ende des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens die Fortsetzung ihrer Arbeit zu ermöglichen.<sup>51</sup> Durch Beschluss vom 15.11.2018 unterwarf der Präsident des EuGH die Rechtssache dem beschleunigten Verfahren.<sup>52</sup> Die Eilentscheidung seiner Vizepräsidentin bestätigte der EuGH per Beschluss vom 17.12.2018<sup>53</sup> und erließ eine einstweilige Anordnung, die bis zur Verkündung des abschließenden Urteils Wirkung entfaltete. Er stellte fest, dass die Organisation des Justizwesens in den Mitgliedstaaten zwar in deren Zuständigkeit fällt, diese bei Ausübung ihrer Zuständigkeit aber sicherstellen müssen, dass ihre nationalen Justizsysteme wirksamen Rechtsschutz gewährleisten. Im vorliegenden Fall, führte der EuGH aus, war dem ersten Anschein nach nicht auszuschließen, dass die beanstandeten Maßnahmen v.a. dem Grundsatz der Unabsetzbarkeit von Richtern und der richterlichen Unabhängigkeit zuwiderlaufen. Da die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte für das reibungslose Funktionieren des Vorabentscheidungsmechanismus gem. 267 AEUV von grundlegender Bedeutung ist und ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden für die Unionsrechtsordnung drohte, lag auch die erforderliche Dringlichkeit vor. Nachdem die betroffenen Richter nach der Entscheidung der EuGH-Vizepräsidentin ihre Arbeit vorerst wieder aufnehmen konnten, hob die polnische Regierung die Zwangspensionierungen durch Gesetzesnovelle vom 21.11.2018<sup>54</sup> auf; nach Unterzeichnung durch Staatspräsident Duda am 17.12.2018 trat sie am 1.1.2019 in Kraft. Da sie jedoch drei Monate zu spät kam<sup>55</sup> und damit nicht den in ständiger EuGH-Rechtsprechung ausgeformten Anforderungen entsprach, wurde das Vertragsverletzungsverfahren nicht gegenstandslos. So gab der EuGH der Klage im Hauptsacheverfahren mit Urteil vom 25.6.2019<sup>56</sup> vollumfänglich statt und stellte fest, dass Polen seine Verpflichtungen aus europäischem Recht verletzt hat. Er

50 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/18/4987.

51 EuGH, Pressemitteilung Nr. 159/18.

52 Rs. C-619/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:531.

53 EuGH, Rs. C-619/18 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2018:1021; Berichtigungsbeschluss v. 2.7.2019, EuGH, Rs. C-619/19 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:575.

54 Gesetz v. 21.11.2018 zur Änderung des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht, Dz. U. 2018, Pos. 2507.

55 EuGH, Rs. C-192/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 45 f., 83.

56 Rs. C-619/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:531; EuGH, Berichtigungsbeschluss v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:615.



schloss sich dabei der weithin geäußerten Annahme an, die PiS habe sich hier missliebiger Richter entledigen wollen und führte aus: „...die Kombination dieser beiden Maßnahmen (ist) auch geeignet, den Eindruck zu verstärken, dass es in Wirklichkeit darum gegangen sein könnte, einen vorher festgelegten Teil der Richter des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) aus dem Amt zu entfernen.“<sup>57</sup>

### c) Disziplinarregelungen für Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Gegenstand des am 3.4.2019 angestregten Verfahrens<sup>58</sup> sind die neuen Disziplinarregeln für Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit.<sup>59</sup> Wegen des Inhalts ihrer Entscheidungen können sie disziplinarrechtlichen Ermittlungen, Verfahren und Sanktionen unterworfen werden. Zur Überprüfung ist die neu eingerichtete Disziplinarkammer des Obersten Gerichts berufen. Deren Präsidenten ist es unbenommen, nach eigenem Ermessen das Disziplinargericht erster Instanz für richterliche Disziplinarsachen zu bestimmen. Auch können Disziplinarverfahren trotz entschuldigter Abwesenheit des Beschuldigten oder seines Verteidigers durchgeführt werden. Aus Sicht der Kommission beeinträchtigt dies jedoch die richterliche Unabhängigkeit und gewährleistet nicht die vom EuGH verlangten Garantien für den Schutz vor politischer Kontrolle. Sie moniert v.a. die Zusammensetzung der Disziplinarkammer. Denn dieser dürfen allein neue, vom Staatspräsidenten auf Vorschlag des Landesjustizrates ernannte Richter angehören. Wie dargelegt, wird aber mehr als die Hälfte der Mitglieder des Landesjustizrates durch den Sejm und damit durch ein Legislativorgan gewählt. Auch der EuGH urteilte dahingehend am 19.11.2019,<sup>60</sup> dass der Landesjustizrat in seiner derzeitigen Besetzung kein unparteiisches und von Legislative und Exekutive unabhängiges Gremium ist. In diese Richtung argumentierte auch die Kommission, eine Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gem. Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 GRCh vortragend. Im Raum steht daneben ein Verstoß gegen Art. 267 AEUV, wonach Gerichte den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen dürfen – ohne dass Richter Disziplinarverfahren befürchten müssen. Nachdem die Kommission am 17.7.2019 beschlossen hatte, Polen ihre begründete Stellungnahme zu übermitteln,<sup>61</sup> erhob sie Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV. Der EuGH gab ihren Anträgen auf Erlass einstweiliger An-

57 EuGH, Rs. C-619/18 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2018:1021, Rn. 85.

58 INFR(2019)2076.

59 Art. 3 Nr. 5, Art. 27 und Art. 73 § 1 des Gesetz v. 8.12.2017 über das Oberste Gericht, Dz. U. 2018, in geänderter Fassung durch das Gesetz über das Oberste Gericht v. 3.4.2018.

60 EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18 u. C-625/18, *A. K., CP, DO v. Krajowa Rada Sądownictwa, Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982; s. a. EuGH, Rs. C-824/18, *A.B. u.a. v. Krajowa Rada Sądownictwa*, ECLI:EU:C:2021:153.

61 *Europäische Kommission*, IP/19/4189.

ordnungen mit Beschluss vom 8.4.2020<sup>62</sup> vollumfänglich statt und verpflichtete Polen, die Normen der Disziplinarkammer für Disziplarentscheidungen ab sofort nicht mehr anzuwenden. Zudem darf Polen die bei der Disziplinarkammer anhängigen Verfahren nicht mehr an einen Spruchkörper verweisen, der nicht die vom EuGH v.a. im geschilderten Urteil vom 19.11.2019 definierten Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit erfüllt. Der EuGH befand, auf den ersten Blick war nicht auszuschließen, dass Polen seiner Verpflichtung aus Art. 19 Abs. 1 UA 2 EUV nicht nachkam. Da bereits die bloße Aussicht, Gefahr zu laufen, in einem Disziplinarverfahren belangt zu werden, in dem eine nicht unabhängige Einrichtung angerufen werden kann, die richterliche Unabhängigkeit tangieren kann, bestand auch die notwendige Dringlichkeit. Die richterliche Unabhängigkeit ist wiederum entscheidend für die Gewährung gerichtlichen Schutzes der dem Einzelnen unionsrechtlich zustehenden Rechte. Unter Rekurs auf den EuGH-Beschluss vom 17.12.2018<sup>63</sup> war somit ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden für die Unionsrechtsordnung nicht auszuschließen. Auch in seinem Urteil im Hauptsacheverfahren vom 15.7.2021 gab der EuGH der Klage vollumfänglich statt;<sup>64</sup> wenig später folgte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Urteil vom 22.7.2021.<sup>65</sup>

Die politische Situation spitzt sich zu: So hatte das polnische Verfassungsgericht am 14.7.2021 einstweilige EuGH-Anordnungen für unzulässig erklärt, wenn sie sich auf das polnische Justizwesen beziehen.<sup>66</sup> Dies bezog sich v.a. auf den genannten EuGH-Beschluss vom 8.4.2020. Obgleich Polen wenig später am 7.8.2021 die Auflösung der Disziplinarkammer in ihrer bisherigen Form bekannt gab mit der Folge, dass sie keine neuen Disziplinarfälle mehr erhält,<sup>67</sup> hob sie am 23.9.2021 die Immunität eines Richters auf, da es sich um einen Bestandsfall handele.<sup>68</sup> Einen Monat später beschloss die Kommission daher, ein entsprechendes Aufforderungsschreiben gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV an Polen im Rahmen eines zweiten Vertragsverletzungsverfahrens wegen Missachtung des im Hauptsacheverfahren ergangenen EuGH-Urteils vom 15.7.2021 zu richten.<sup>69</sup>

62 EuGH, Rs. C-791/19 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2020:277.

63 EuGH, Rs. C-619/18 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2018:1021, Rn. 68, 70, 71.

64 EuGH, Rs. C-791/19, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:596.

65 EGMR, Application No. 43447/19, *Reczkowicz v. Poland*, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719: Verletzung des Anspruchs auf ein faires Gerichtsverfahren gem. von Art. 6 Abs. 1 EMRK, weil die neue Disziplinarkammer des Obersten Gerichts kein auf Gesetz beruhendes Gericht sowie weder unparteilich noch unabhängig ist.

66 Die Zeit, 14.7.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/6s78> (12.11.2021).

67 Zdf.de, 7.8.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/avjb> (12.11.2021).

68 S. becklink 2020984.

69 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/21/4587.

*d) Gesetzesreformen betreffend das Justizsystem*

Gegenstand eines Verfahrens<sup>70</sup> gegen Polen ist sodann das am 14.2.2020 in Kraft getretene neue Justiz-Gesetz vom 20.12.2019, das Rechtsakte ändert, die sich auf die Funktionsweise des polnischen Justizsystems erstrecken. Die Kommission leitete das Verfahren am 29.4.2020 ein. Sie rügt, dass das Justiz-Gesetz den Begriff des Disziplinarvergehens erweitert und damit die Zahl der Fälle erhöht, in denen der Inhalt gerichtlicher Entscheidungen als Disziplinarvergehen eingeordnet werden kann. Das ist, wie geschildert, bedenklich mit Blick auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, die richterliche Unabhängigkeit und das Vorabentscheidungsverfahren. Zudem verortet das Justiz-Gesetz die alleinige Zuständigkeit für Entscheidungen über Fragen der richterlichen Unabhängigkeit bei der neuen Kammer für außerordentliche Kontrolle und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichts. Das hindert indessen polnische Gerichte daran, ihrer Verpflichtung nachzukommen, EU-Recht anzuwenden oder den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen und widerspricht damit dem Vorrang des Unionsrechts, dem Vorabentscheidungsverfahren und der richterlichen Unabhängigkeit. Indem darüber hinaus polnische Gerichte bei ihnen anhängige Rechtssachen nicht mehr darauf überprüfen dürfen, ob andere Richter zuständig sind, ist auch der Grundsatz der wirksamen Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt; daneben liegt erneut ein Verstoß gegen den Vorrang des Unionsrechts, das Vorabentscheidungsverfahren und die richterliche Unabhängigkeit vor. Im Weiteren verletzt die Offenlegungspflicht für Richter über nicht berufliche Tätigkeiten ihre Rechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten gem. Art. 7 und 8 GRCh und der Datenschutz-Grundverordnung.<sup>71</sup> Die Kommission ergänzte am 3.12.2020 ihr Mahnschreiben um den Punkt, dass Polen der Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs weiter gestattet, über Angelegenheit zu entscheiden, die Richter unmittelbar betreffen, z.B. über die Aufhebung der Immunität bei strafrechtlicher Verfolgung; auch hier sind die richterliche Unabhängigkeit und das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz tangiert.

Nachdem sie Polen am 30.10.2020 ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übersandt hatte,<sup>72</sup> beschloss sie am 31.3.2021, Feststellungsklage<sup>73</sup> gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV zu erheben und ersuchte um einstweilige Anordnung gem. Art. 279 AEUV i.V.m. gem. Art. 160 Abs. 7 EuGH-Verfahrensordnung. Dem entsprach EuGH-Vizepräsidentin Silva de Lapuerta am 14.7.2021 anordnend, dass Polen die Anwendung seiner Vorschriften v.a. zu den Zuständigkeiten der Disziplinarkammer sofort aussetzen muss.<sup>74</sup> Da Polen dem nicht ausreichend nachkam, beantragte die Kommission am 7.9.2021 beim EuGH im Wege der

70 INFR(2020)2182.

71 Verordnung (EU) 2016/679, ABl. L 199 v. 4.5.2016, S. 1.

72 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/18/4987.

73 EuGH, Rs. C-204/21, *Europäische Kommission v. Republik Polen*.

74 EuGH, Rs. C-204/21 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:593.

einstweiligen Anordnung ein tägliches Zwangsgeld,<sup>75</sup> das der Vizepräsident des EuGH am 27.10.2021 i.H.v. 1 Mio. € verhängte.<sup>76</sup> Dies wies der polnische Vize-Justizminister Sebastian Kaleta umgehend als „Usurpation und Erpressung“<sup>77</sup> zurück; Ministerpräsident Morawiecki sprach bezogen auf das Verfahren an sich von einem „Dritten Weltkrieg“<sup>78</sup> der EU gegen sein Land. Damit bewegt sich der Streit nun auch weit außerhalb der diplomatischen Form.

### *e) Diskriminierung von LGBTIQ-Personen*

Im Bereich der EU-Grundrechte leitete die Kommission am 15.7.2021 ein Vertragsverletzungsverfahren<sup>79</sup> wegen Diskriminierung von LGBTIQ-Personen ein.<sup>80</sup> Sie beanstandet, die polnischen Behörden würden nicht vollständig und angemessen auf ihre Untersuchung in Bezug auf die Art und die Auswirkungen der sogenannten „LGBT-freien Zonen“ reagieren, die von mehreren polnischen Regionen und Gemeinden geschaffen wurden. Polen hindere die Kommission damit an der Ausübung der ihr vertraglich übertragenen Befugnisse, weshalb ein Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 Abs. 3 EUV vorliege.

## **3. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV**

Mit ihrem formellen Einleitungsvorschlag vom 20.12.2017<sup>81</sup> gegen Polen setzte die Kommission – erstmalig in der Geschichte der europäischen Integration – das Rechtsstaatlichkeitsverfahren gem. Art. 7-EUV-Verfahren in Gang. Gleichwohl befindet sie sich noch im Vorfeld des eigentlichen Verfahrens, das erst durch den Ratsbeschluss gem. Art. 7 Abs. 1 UA 1 EUV mit parlamentarischer Zustimmung formell eingeleitet wird (Kap. D. III.). Im Kern beanstandete die Kommission, dass die polnischen Justizreformen zu einer Erosion der Unabhängigkeit der Justiz und einer unabhängigen, legitimen verfassungsgerichtlichen Kontrolle führen. In ihrem Einleitungsvorschlag nahm sie neben den Aspekten der Justizreform, wegen derer sie bereits Vertragsverletzungsverfahren einleitete – so der Zwangspensionierung von Richtern des Obersten Gerichts und der dem Staatspräsidenten eingeräumten Verlängerungsoption sowie der neuen Disziplinarregelungen für Richter der ordentli-

75 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/21/4587.

76 Rs. C-204/21 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:878.

77 Zeit Online, 30.10.2021, <https://t1p.de/1utb> (12.11.2021).

78 Zeit Online, 30.10.2021, <https://t1p.de/1utb> (12.11.2021).

79 INFR(2021)2119.

80 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/21/3668.

81 Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final.

chen Gerichtsbarkeit – weitere Aspekte<sup>82</sup> in den Blick. Diese betrafen u.a. die Verfahrensweise bei der Besetzung des Verfassungsgerichtshofs,<sup>83</sup> die Veröffentlichung bestimmter Verfassungsgerichtsurteile mit dem Zusatz „breach of law“ („unter Rechtsbruch“) durch die polnische Regierung,<sup>84</sup> die Einrichtung der neuen Kammer am Obersten Gericht für außerordentliche Kontrolle und öffentliche Angelegenheiten (zuständig u.a. für die Überprüfung der Gültigkeit von Wahlen), neue Disziplinarregelungen für Richter des Obersten Gerichts, die Neubesetzung des Landesjustizrates, die Betrauung von Hilfsrichtern mit richterlichen Aufgaben an Kreisgerichten sowie die Fusion der Ämter des Justizministers und des Generalstaatsanwalts. Besonders brisant ist der ebenfalls kritisierte außerordentliche Rechtsbehelf, da er den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt. Er ermöglicht die rückwirkende Anfechtbarkeit rechtskräftiger, verbindlicher Urteile und Beschlüsse. Haben der Generalstaatsanwalt oder der Bürgerbeauftragte diesen Rechtsbehelf eingelegt,<sup>85</sup> kann das Oberste Gericht Urteile polnischer Gerichte aus den vergangenen 20 Jahren aufheben.

Die polnische Regierung begründete die Justizreformen in ihrem Weißbuch vom 8.3.2018<sup>86</sup> mit dem Misstrauen der Bevölkerung gegenüber dem Justizsystem und seinen Repräsentanten, die als nicht unabhängig wahrgenommen würden. Auch müsse die Effizienz der Entscheidungsfindung erhöht werden, und der Hohe Rat der Richter und Staatsanwälte müsse sich ausgewogener zusammensetzen. Sie gelangte zu dem Schluss, dass die EU das Art. 7-EUV-Verfahren missbrauche, darauf hinweisend, dass das polnische Recht dem Recht anderer Mitgliedstaaten sehr ähnlich sei. Diese Position am 20.3.2018<sup>87</sup> vertiefend appellierte die Regierung an die Kommission, keine weiteren Schritte zu ergreifen, bevor die Reformmaßnahmen ihre volle Wirkung entfalten könnten. Sie warnte davor, einen gefährlichen Präzedenzfall zu schaffen, indem die Souveränität der Mitgliedstaaten untergraben werde, was vorhandene europafeindliche Tendenzen verstärken könne. Vizekommissionspräsident Frans Timmermans erklärte am 21.3.2018, wenn die polnische Regierung das Recht, die Justiz zu reformieren, als Recht verstehe, diese unter politische Kon-

82 Gesetz v. 22.12.2015 zur Änderung des Gesetzes v. 25.6.2015 über den Verfassungsgerichtshof, Gesetzblatt v. 28.12.2015, Nr. 2217; *European Commission*, Communication, 2021 Rule of law report, COM(2021) 700 final, S 8; Gesetz v. 8.12.2017 über das Oberste Gericht, Dz. U. 2018; Gesetz v. 13.6.2017 zur Änderung des Gesetzes über die Staatliche Hochschule für Richter und Staatsanwälte, des Gesetzes über die ordentlichen Gerichte und bestimmter weiterer Gesetze; Gesetz v. 28.1.2016 über die Staatsanwaltschaft, Gesetzblatt v. 15.2.2016, Nr. 177; Durchführungsgesetz v. 28.1.2016 zum Gesetz über die Staatsanwaltschaft, Gesetzblatt v. 15.2.2016, Nr. 178.

83 EGMR, Application no. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

84 V.a. zu den Urteilen v. 9.3.2016, 11.8.2016 u. 7.11.2016; Gesetz v. 22.12.2015 zur Änderung des Gesetzes v. 25.6.2015 über den Verfassungsgerichtshof, Gesetzblatt v. 28.12.2015, Nr. 2217.

85 Prawo.pl, 3.4.2018, abrufbar unter: <https://t1p.de/fpj8> (12.11.2021); *Der Beobachter der Länder bei der Europäischen Union*, Bericht 18/18, 3615. u. 3616., S. 23.

86 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11977, 9.3.2018, S. 19.

87 S. euobserver, news, 21.3.2018, abrufbar unter: <https://euobserver.com/justice/141395> (12.11.2021).

trolle zu stellen, „haben wir ein Problem“.<sup>88</sup> Auch die Mitgliedstaaten reagierten umgehend: Europa-Staatsminister Michael Roth befand, die Zeit der Gespräche sei vorbei; Frankreich und Spanien wiesen Vergleiche mit ihren Justizsystemen zurück. Gleichwohl sollten die förmlichen Anhörungen Polens in den folgenden Ratssitzungen<sup>89</sup> nicht zu substantiellen Annäherungen führten. Die Kommission konstatierte im Mai 2018, es seien zwar Fortschritte erzielt worden, die wichtigsten Punkte blieben jedoch nach wie vor unberücksichtigt.<sup>90</sup>

#### 4. Rezeption der Entwicklungen über Polen hinaus

Die polnischen Justizreformen trafen auf weiten Widerhall bei internationalen, europäischen und nationalen Akteuren, die sich besorgt zum Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz äußerten. Wiederholt kritische Stellungnahmen<sup>91</sup> gaben u.a. die Venedig-Kommission des Europarats, das Netzwerk der Präsidenten der obersten Gerichtshöfe der Europäischen Union, das ENCJ und das BDIMR ab. Das Parlament artikulierte seine Position ebenfalls zunehmend.<sup>92</sup> Dass das Misstrauen in das polnische Justizsystem in den Mitgliedstaaten wächst, zeigt sich auch in Gerichtsentscheidungen. Aufsehen erregten im März 2018 die Entscheidung des High Court in Dublin<sup>93</sup> und das anschließend im Wege der Vorabentscheidung gem. Art. 267 Abs. 1 lit. a), Abs. 3 AEUV ergangene EuGH-Urteil. Verfahrensgegenstand war die Auslieferung eines mit dem Europäischen Haftbefehl gesuchten polnischen Staatsangehörigen nach Polen. Der Europäische Haftbefehl nach dem Rahmenbeschluss des Rates 2002/585/JI<sup>94</sup> basiert auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung: Ein von einem nationalen Gericht ausgestellter Haftbefehl soll von den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden. Der Rahmenbeschluss setzt seinerseits voraus, dass „die Grundrechte geachtet und die in Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union anerkannten und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere die in deren Kapitel VI enthaltenen Grundsätze, beachtet werden“. Das oberste irische Gericht hatte die Nichtanerkennung des polnischen Haftbefehls mit Rechtsstaatlichkeitsbedenken begründet und sich hier neben der fehlenden Unabhängigkeit der Justiz v.a. darauf bezogen, dass in Polen das

88 Ebd.; Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11985, 21.3.2018, S. 3; Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11986, 22.3.2018, S. 34 f.

89 Z.B. Anhörung am 26.6.2018, Ausschuss der Ständigen Vertreter, Ratsdok. 10354/18.

90 Ebd.

91 S. u.a. *Venice Commission*, Poland, 18.6.2020, CDL-AD(2020)017; *dies.*, 8./9.12.2017, CDL(2017)035; *dies.*, 11.12.2017, CDL-AD(2017)031; *Netzwerk der Präsidenten der obersten Gerichtshöfe der Europäischen Union*, 11.7.2018, abrufbar unter: <https://t1p.de/58k6> (12.11.2021); *ENCJ*, 10.1.2020, abrufbar unter: <https://t1p.de/m81t> (12.11.2021); *BDIMR*, Stellungnahme v. 30.8.2017 zu bestimmten Vorschriften des Entwurfs des Gesetzes über das Oberste Gericht Polens.

92 Z.B. *Europäisches Parlament*, Entschließung, P9\_TA(2020)0014.

93 Judgement of Ms. Justice Donnelly, Record Number 2013 295 EXT; 2014 8 EXT; 2017 291 EXT-*The Minister for Justice and Equality -v- Celmey*; s. auch *Giegerich*, ZEuS 2019/1, S. 61, 97 ff.

94 Rahmenbeschluss des Rates 2002/585/JI, ABl. L v. 18.7.2002 190, S. 1.



Recht Beschuldigter auf ein faires Verfahren nicht gewährleistet sei. Während ein EuGH-Urteil zur Auslegung von Unionsrecht gem. Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV alle im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte bindet („inter partes“), kommt Bindungswirkung außerhalb des Ausgangsstreitverfahrens („erga omnes“) nur einem Urteil zu, das die Ungültigkeit von Unionsrecht feststellt, s. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV. Obgleich Letzteres hier nicht einschlägig war, befürchteten polnische Medien, wohl mit Blick auf ähnliche Fälle<sup>95</sup>, dass ein die Auffassung des High Court bestätigendes EuGH-Urteil Präcedenzwirkung entfalten könnte. In diesem Fall hätte die justitielle Zusammenarbeit und die gegenseitige Anerkennung von Urteilen zwischen Polen und anderen Staaten zum Erliegen kommen können.<sup>96</sup>

Zwar vermied der EuGH, sich in seinem Urteil vom 25.7.2018<sup>97</sup> direkt in die Auseinandersetzung zwischen Warschau und Brüssel um die polnische Justizreform einzumischen; seine Feststellungen gelten vielmehr für alle Mitgliedstaaten. Er nannte aber Rechtsstaatlichkeit und funktionierende unabhängige Gerichte als Grundvoraussetzungen dafür, dass ein mutmaßlicher, mit dem Europäischen Haftbefehl gesuchter Straftäter ausgeliefert werden kann. Vorliegend stellte er fest, dass das Rechtsstaatslichkeitsverfahren gegen Polen zu berücksichtigen war; Mängel im polnischen Justizsystem schien der EuGH nicht auszuschließen. Die polnische Zeitung *Gazeta Wyborcza* kommentierte, dass jetzt „die Gefahr besteht, dass Polen aus dem Rechtssystem der EU herausfällt“.<sup>98</sup> Wenn polnischen Gerichten grds. zu misstrauen sei, sei das kein gutes Zeichen. Am 17.12.2020<sup>99</sup> urteilte der EuGH, dass die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls durch Staaten nur dann verweigert werden darf, wenn der betroffenen Person tatsächlich ein unfaires Verfahren droht, was wiederum eine Einzelfallprüfung voraussetzt. Denn auch wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass systemische oder allgemeine Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsmitgliedstaats zum Zeitpunkt der Ausstellung des Europäischen Haftbefehls bestanden haben oder im Anschluss daran auftreten, darf nicht allen Richtern oder Gerichten dieses Staats die Eigenschaft einer „ausstellenden Justizbehörde“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/585/JI abgesprochen werden, da sich derartige Mängel nicht zwangsläufig auf jede Entscheidung dieser Gerichte im Einzelfall auswirken. Die vollstreckende Justizbehörde darf den Europäischen Haftbefehl nur dann gegenüber einem Mitgliedstaat ohne Weiteres, mithin ohne Einzelfallprüfung, ablehnen, wenn eine schwere

95 EuGH, Rs. C- C-404/15 u. C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198; EuGH, Rs. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117.

96 *Bachmann*, Eine Justiz-Reform, die Brücken verbrennt, Polen-Analysen Nr. 216, 17.4.2018, abrufbar unter: <https://laender-analysen.de/polen-analysen/216/eine-justizreform-die-bruecken-verbrennt/> (12.11.2021).

97 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586.

98 Vgl. *Riegert*, EuGH: Auslieferung nach Polen nur unter Auflagen, DW.COM, 25.7.2018, abrufbar unter: <https://p.dw.com/p/3243O> (12.11.2021).

99 EuGH, verb. Rs. C-354/20 PPU, C-412/20 PPU, *Rechtbank Amsterdam – Niederlande*, ECLI:EU:C:2020:2033, Rn. 41 f., 57 f.



und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze durch diesen vorliegt und der Europäische Rat dies gem. Art. 7 Abs. 2 EUV mit den Folgen des Art. 7 Abs. 3 EUV festgestellt hat. Da letzteres aber kaum eintreten wird (Kap. D. III.), bedarf es faktisch stets einer Einzelfallprüfung.

## II. Ungarn

Mit Blick auf Ungarn ist eine kontinuierliche Verschlechterung der Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie zu beobachten. Dies betrifft neben dem Verfassungs- und Wahlsystem die justitielle Unabhängigkeit sowie Korruption, EU-Grundrechte und das EU-Asyl- und Migrationsrecht.

### 1. EU-Rechtsstaatsdialog

Anders als gegenüber Polen kam im Falle Ungarns der Rechtsstaatsdialog nicht zur Anwendung, was das Parlament in seinem formellen Einleitungsvorschlag für das Art. 7-EUV-Verfahren beanstandete.<sup>100</sup>

### 2. Vertragsverletzungsverfahren

#### *a) Transparenzgesetz*

Am 2.7.2018 eröffnete die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren<sup>101</sup> wegen des am 13.6.2017 verabschiedeten ungarischen Gesetzes LXXXVI über die Transparenz von aus dem Ausland unterstützten Organisationen (sog. NRO-Gesetz). Danach müssen sich Organisationen der Zivilgesellschaft, die jährlich mehr als 7,2 Mio. ungarische Forint (ca. 24.000 €) aus dem Ausland erhalten, als „vom Ausland unterstützte Organisationen“ registrieren lassen, dies in sämtlichen Veröffentlichungen, auf Websites und Pressematerial vermerken und ihre ausländischen Mittel gegenüber den ungarischen Behörden spezifisch angeben, andernfalls drohen Sanktionen. Die Kommission sieht darin eine Verletzung der Vereinigungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GRCh, da die NROs daran gehindert werden, Gelder einzuwerben und ihren Aufgaben nachzukommen. Daneben liegt ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) vor, weil die Auflagen abschreckend auf ausländische Geldgeber wirken können. Ferner ist das NRO-Gesetz unvereinbar mit der Achtung des Privatlebens und dem Schutz personenbezogener Daten (Art. 7 f. GRCh). Nachdem die Kommission Ungarn am 5.10.2017 ihre begründete Stellungnahme übermittelt hatte,<sup>102</sup> beschloss sie am 7.12.2018, Feststellungsklage vor dem EuGH gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV zu erheben.<sup>103</sup> Dieser gab ihrer Klage

100 *Europäisches Parlament*, Entschließung, P8\_TA(2017)0216, Ziff. 8.

101 INFR(2017)2110.

102 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/17/3663.

103 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/17/5003.

mit Urteil vom 18.6.2020<sup>104</sup> vollumfänglich statt und stellte fest, dass zivilgesellschaftliche Organisationen „ihre Tätigkeiten fortsetzen und ohne ungerechtfertigte staatliche Eingriffe arbeiten“ können müssen. Da das Transparenzgesetz dennoch weiter Bestand hatte, forderte die Kommission Ungarn am 18.2.2021<sup>105</sup> gem. Art. 260 Abs. 2 UA 1 AEUV auf, die nötigen Abhilfemaßnahmen zu ergreifen und leitete ein zweites Vertragsverletzungsverfahren ein. Am 18.5.2021 hob das ungarische Parlament das Transparenzgesetz auf, brachte aber einen Gesetzentwurf ein, der dem Rechnungshof mehr Kontrolle über NROs mit einem Budget von über 55.000 € einräumt und zwar auch dann, wenn diese keine staatlichen Mittel erhalten.<sup>106</sup>

### *b) Strafbarkeit von Hilfeleistungen an Asylbewerber*

Am 19.7.2018<sup>107</sup> leitete die Kommission ein Verfahren gegen das im Mai 2018 novelierte Gesetzespaket<sup>108</sup> der ungarischen Regierung ein, das die Arbeit von NROs mit einer vermeintlichen internationalen Verschwörung in Verbindung bringt. Dabei wird auf das „Überleben der Nation“ und den Schutz von Bürgern und Kultur abgehoben. Kritiker werfen dem ungarischen Ministerpräsidenten Viktor Orbán vor, mit dem Gesetzespaket auf den aus Budapest stammenden und in die USA emigrierten Investor George Soros zu zielen, der flüchtlingsfreundliche NROs unterstützt und sich wiederholt kritisch über die ungarische Regierung äußert. Diese daher auch als Stop-Soros-Gesetze bezeichneten Regelungen stellen jegliche Unterstützungsmaßnahmen durch Personen unter Strafe, die sie im Namen nationaler, internationaler und nichtstaatlicher Organisationen für Menschen leisten, die in Ungarn Asyl oder einen Aufenthaltstitel beantragen möchten. Die Sanktionen wegen „Förderung der illegalen Einwanderung“ reichen von vorübergehender Inhaftierung über Freiheitsstrafe bis zur Ausweisung aus dem Land. Außerdem können Personen, gegen die ein Strafverfahren nach diesen Gesetzen anhängig ist, daran gehindert werden, sich den Transitzone an den ungarischen Grenzen zu nähern, in denen Asylbewerber festgehalten werden. Darüber hinaus werden aus dem Ausland stammende Mittel von NROs, einschließlich EU-Finanzmittel, mit 25 % besteuert. Auch neue Gründe für die Unzulässigkeit von Asylanträgen werden eingeführt. Das Recht auf Asyl wird auf Menschen beschränkt, die direkt von einem Ort, an dem ihr Leben oder ihre Freiheit gefährdet ist, nach Ungarn kommen. Die sog. Stop-Soros-Gesetze hält die Kommission für problematisch, weil durch die Krimi-

104 EuGH, Rs. C-78/18, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2020:476; Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11921, 8.12.2017, S. 24 f.

105 *Europäische Kommission*, INF/21/441.

106 Act XLIX of 2021 on the transparency of civil society organisations carrying out an activity capable of influencing public debate and on the amendment of certain related laws; EURACTIV, 19.5.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/tc60> (12.11.2021); Neue Zürcher Zeitung, 21.4.2021, abrufbar unter <https://t1p.de/dta9> (12.11.2021).

107 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/18/4522.

108 Gesetzesvorschläge T/19776, T/19775 und T/19774, geändert durch Gesetzesvorschlag v. 29.5.2018 (T/333), beschlossen am 20.6.2018 durch das ungarische Parlament.

nalisierung von Personen, die Menschen unterstützen, die einen Asyl- oder Aufenthaltsantrag stellen, das Recht von Asylbewerbern beeinträchtigt wird, mit den jeweiligen Organisationen zu kommunizieren und von ihnen Unterstützung zu erhalten. Dies verstößt gegen die Asylverfahrensrichtlinie (EU) 2013/32 und die Richtlinie über Aufnahmebedingungen (EU) 2013/33 und beeinträchtigt Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger. Sie kritisiert ferner, dass die neu eingeführten Gründe für die Unzulässigkeit von Asylanträgen, die nicht im EU-Recht vorgesehen sind, unvereinbar mit der Asylverfahrensrichtlinie (EU) 2013/32 und der GRCh sind. Auch wenn das EU-Recht Staaten erlaube, Unzulässigkeitsgründe nach dem Konzept des sicheren Drittstaats und des ersten Asylstaats einzuführen, beschneiden die neuen Regelungen das EU-Asylrecht in unzulässiger Weise. Nachdem die Kommission Ungarn am 24.2.2019 ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übermittelt hatte,<sup>109</sup> erhob sie am 8.11.2019 Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV.<sup>110</sup> Am 25.2.2021 beantragte Generalanwalt Athanasios Rantos in seinen Schlussanträgen,<sup>111</sup> der Klage überwiegend stattzugeben. Nach dem aktuellen Länderkapitel des Rechtsstaatlichkeitsberichts der Kommission zu Ungarn sind die sog. Stop-Soros-Gesetze weiterhin in Kraft.<sup>112</sup>

### c) Novelle des ungarischen Hochschulgesetzes

Die Kommission leitete am 26.4.2017<sup>113</sup> ein Verfahren<sup>114</sup> wegen der am 4.4.2017 vom ungarischen Parlament beschlossenen Novellierung des ungarischen Hochschulgesetzes Nr. CCIV von 2011 ein. Während § 76 Abs. 1 lit. a) der Novelle für ausländische, außerhalb des EWR angesiedelte Hochschuleinrichtungen den Abschluss eines internationalen Abkommens als Voraussetzung für die Erbringung von Bildungsdienstleistungen festlegt, verpflichtet § 76 Abs. 1 lit. b) der Novelle die Vorgenannten, auch in ihren Herkunftsländern Hochschulausbildung durchzuführen. Das bedeutet für den Betrieb ausländischer Universitäten in Ungarn, dass sie sowohl in Ungarn als auch in ihrem Herkunftsland einen Sitz haben, d.h. einen Campus betreiben müssen, um eine Zulassung zu erhalten. Weiter ist festgelegt, dass Universitäten mit Hauptsitz außerhalb der EU nur eingeschränkt Diplome verleihen dürfen. Die Novelle des Hochschulgesetzes erregte großes internationales Aufregung, weil es hier insbesondere um den Umgang mit der international als Stätte intellektueller und nationaler Vielfalt anerkannten Zentraleuropäischen Universität von Budapest (CEU) geht. Da diese über keinen Sitz in den USA verfügt, war sie in der weiteren Entwicklung gezwungen, ihren wesentlichen Teil nach Wien zu verlegen. Nach Auffassung der Kommission verstößt die Novelle gegen die Dienstleis-

109 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586.

110 EuGH, Rs. C-821/19, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2021:143.

111 Schlussanträge GA Rantos, Rs. C-821/19, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2021:143.

112 *European Commission*, SWD(2021)714 final, S. 25.

113 *Europäische Kommission*, News, v. 26.4.2017, MEX/17/1116.

114 INFR(2017)2076.

tungs- und die Niederlassungsfreiheit sowie Art. 16 Richtlinie 2006/123/EG. Außerdem sind der Grundsatz der akademischen Freiheit (Art. 13 GRCh), das Recht auf Bildung (Art. 14 GRCh), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) sowie die rechtlichen Verpflichtungen der EU nach Art. XVII des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) betroffen. Auch hier stand im Raum, Ministerpräsident Orbán wolle tatsächlich den Regierungskritiker, CEU-Gründer und Investor Soros treffen. Die Kommission hatte Ungarn am 13.7.2017 ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übermittelt, die sie am 4.10.2017 ergänzte.<sup>115</sup> Sie beschloss am 7.12.2018, Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV zu erheben.<sup>116</sup> In seinem Urteil vom 6.10.2020 gab der EuGH ihrer Klage vollumfänglich statt.<sup>117</sup> Der Abbau der Hochschulautonomie in Ungarn schreitet fort: Aktuell werden Stiftungen mit von der Regierung ernannten Kuratoren eingerichtet, die als Träger der Hochschulen fungieren.<sup>118</sup>

#### d) Ungarisches Asyl- und Migrationsrecht

Infolge der Flüchtlingskrise 2015 hatte Ungarn sein Asyl- und Migrationsrecht geändert und im Zuge der anhaltenden Fluchtbewegungen verschärft. Wegen Verletzung von EU-Schutzstandards leitete die Kommission hier mehrere Vertragsverletzungsverfahren ein. Wie auch gegen die Tschechische Republik und Polen ist die unterlassene Umverteilung von Flüchtlingen seit dem 14.6.2017<sup>119</sup> Gegenstand eines Verfahrens<sup>120</sup> gegen Ungarn. Hintergrund ist seine Weigerung, den mit Mehrheit erlassenen zwei Ratsbeschlüssen vom September 2015<sup>121</sup> nachzukommen. Danach verpflichteten sich die Mitgliedstaaten, bis zu 120.000 Menschen, die internationalen Schutz benötigen und bis zum 26.9.2017 in Griechenland oder Italien ankommen, innerhalb von zwei Jahren in der EU zu verteilen. Diese rechtliche Verpflichtung besteht nach dem September 2017 fort. Ungarn muss 1.294 Flüchtlinge aufnehmen. Die Umverteilung sollte sich jedoch generell als schwierig erweisen: Bis zum 4.9.2017 wurden lediglich 27.695 Menschen aus Griechenland und Italien umgesiedelt;<sup>122</sup> Ungarn hat bis zum 12.12.2017 keine Flüchtlinge aufgenommen.<sup>123</sup> Gegen den zweiten Umsiedlungsbeschluss hatten die bei der Beschlussfassung im Rat überstimmten Länder Ungarn und die Slowakei Nichtigkeitsklage erhoben, in der sie u.a. das Annahmeverfahren des Beschlusses beanstandeten. Der EuGH wies die

115 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/17/1952. Ergänzung, MEMO/17/3494.

116 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/17/5004.

117 EuGH, Rs. C-66/18, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2020:792.

118 F&L, 1.3.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/n5e9> (12.11.2021).

119 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/17/1607.

120 INFR(2017)2093.

121 Beschluss (EU) 2015/1523, ABl. L 239 v. 15.9.2015, S. 146; Beschluss (EU) 2015/1601, ABl. L 248 v. 22.9.2015, S. 80.

122 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11856, 7.9.2017, S. 2.

123 Minutes of the 2208th meeting of the Commission, 12.4.2017, PV(2017) 2208 final, S. 16.

Klagen mit Urteil vom 6.9.2017<sup>124</sup> in vollem Umfang ab, stellte die Rechtmäßigkeit des Umverteilungsmechanismus fest und entschied, dass Ungarn auch gegen seinen Willen Flüchtlinge aufnehmen muss. Insbesondere stellte er den Verstoß Ungarns gegen die Verpflichtungen aus Art. 5 Abs. 2, 4-11 des Beschlusses (EU) 2015/1601 fest. Dieses EuGH-Urteil zeigte nicht nur, dass Rechtstreue ein hohes Gut ist und sämtliche Mitgliedstaaten ihren Beitrag zur Bewältigung der europäischen Flüchtlingskrise leisten müssen, sondern auch, dass Mehrheitsentscheidungen von den im Rat überstimmten Staaten zu akzeptieren sind. Denn das im Rat herrschende Mehrheitsprinzip ist ein anerkanntes und grundlegendes Prinzip demokratischer Systeme und bringt nicht weniger legitime Entscheidungen als das Einstimmigkeitsprinzip hervor, wenn es in ein faires Verfahren eingebettet ist, in dem sich einzelnen Staaten nicht ständig in einer Minderheit befinden. Das ist in der Praxis des Rates aber regelmäßig sichergestellt. Trotz Anerkennung der Rechtskraft des EuGH-Urteils kündigte die ungarische Regierung an, gegen dieses vorgehen zu wollen, „sofern wir Rechtsmittel haben“.<sup>125</sup> Nachdem die Kommission Ungarn am 26.7.2017 ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übermittelt hatte,<sup>126</sup> folgte die Klagerhebung am 22.12.2017<sup>127</sup> gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV. Generalanwältin Eleanor Sharpston plädierte am 31.10.2019 in ihren Schlussanträgen<sup>128</sup> im Sinne der Kommission; am 23.9.2021 wurde das Verfahren abgeschlossen.

Die Kommission leitete am 10.12.2015<sup>129</sup> ein Verfahren<sup>130</sup> gegen ungarisches Recht ein, nach dem Asylbewerber – ausgenommen unbegleitete, unter 14-jährige Kinder – für die Dauer des Asylverfahrens automatisch in Transitzone abgeschoben werden können; möglich ist auch ihre Zwangsunterbringung. Rechtliche Auflagen, die spezifischen Umstände der Betroffenen umgehend zu prüfen, und wirksame Verfahrensgarantien, um gegen Abschiebungen vorgehen zu können, fehlen. Zudem erlaubt das Zurückweisungsgesetz vom Juni 2016 die kollektive Ausweisung von Personen, die die Grenze irregulär überqueren und innerhalb einer Entfernung von acht Kilometern von der Grenze auf ungarischem Hoheitsgebiet aufgegriffen werden; dies wurde später auf das gesamte ungarische Hoheitsgebiet ausgeweitet. Außerdem erklärt das Dekret 191/2015 Serbien zu einem „sicheren Drittstaat“ und ermöglicht damit Zurückweisungen an der ungarisch-serbischen Grenze. Betroffen ist es nur sehr begrenzt möglich, Asylanträge zu stellen oder von Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen. Die Kommission sieht darin eine Verletzung der Richtlinie über Aufnahmebedingungen 2013/33/EU und mehrerer Bestimmungen der GRCh. Denn die systematische und unbefristete Ingewahrsamnahme von Asylbe-

124 EuGH, verb. Rs. C-643/15 u. C-647/15, *Slowakische Republik und Ungarn v. Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2017:631.

125 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11858, 9.9.2017, S. 9 f.

126 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/17/2103.

127 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/17/5002.

128 Schlussanträge GA Sharpston, Rs. C-718/17, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2019:917.

129 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/15/6228; Ergänzung, Pressemitteilung, IP/17/1285.

130 INFR(2015)2201.

werben – einschließlich Kindern über 14 Jahren – in geschlossenen Einrichtungen der Transitzone ohne Einhaltung der erforderlichen Verfahrensgarantien kommt systematischen Inhaftierungen gleich. Auch garantiert das ungarische Recht nicht die geforderten materiellen Leistungen für Asylbewerber. Zudem wird ein wirksamer Zugang zu Asylverfahren in Ungarn verhindert, indem entsprechende Anträge nur innerhalb der speziellen Transitzonen gestellt werden können, während zugleich der Zugang zu diesen Zonen beschränkt wird. Dies verstößt jedoch gegen die Asylverfahrensrichtlinie (EU) 2013/32 und die besonderen Garantien für schutzbedürftige Personen. Ferner verletzt die verkürzte Rechtsmittelfrist das Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 GRCh). Indem Ungarn irregulär die Grenze überschreitende Migranten (einschließlich Asylbewerber) nach Serbien zurückführt, ohne die europäischen Verfahren und Bedingungen für Rückkehr und Asyl zu berücksichtigen, liegt sodann Unvereinbarkeit mit der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG vor. In den menschenunwürdigen Unterbringungsbedingungen von in Transitzonen abgeschobenen Asylbewerber, die mangelnder Lebensmittelversorgung und obligatorischem Aufenthalt ausgesetzt sind, sieht die Kommission ferner Verstöße gegen die materiellen Bedingungen nach der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG, das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 3 Abs. 1 GRCh) und die Menschenwürde (Art. 1 S. 1 GRCh). Ihre begründete Stellungnahme<sup>131</sup> gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV folgte am 7.12.2017, am 19.7.2018<sup>132</sup> beschloss sie die Klageerhebung gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV. Der EuGH urteilte am 17.12.2020,<sup>133</sup> dass Ungarn seinen verfahrensrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Zuerkennung internationalen Schutzes und die Rückführung von Drittstaatsangehörigen, die nicht das Recht haben, in der EU zu bleiben, nicht nachgekommen ist. Da dieser Zustand anhält, leitete die Kommission ein zweites Vertragsverletzungsverfahren<sup>134</sup> ein und forderte das Land am 9.6.2021<sup>135</sup> gem. Art. 260 Abs. 2 UA 1 AEUV zur Abhilfe auf. Am 12.11.2021 folgte die Klageerhebung mit dem Ersuchen, Zwangsgeld und Pauschalbetrag zu verhängen.<sup>136</sup>

Am 23.9.2015<sup>137</sup> strengte sie ein Verfahren<sup>138</sup> wegen unvollständiger Umsetzung der Asylverfahrensrichtlinie (EU) 2013/32 in ungarisches Recht an und übermittelte am 9.6.2021 ihre Stellungnahme<sup>139</sup> gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV. Ein weiteres Verfahren<sup>140</sup> eröffnete die Kommission am 30.10.2020 wegen der rechtswidrigen Beschränkung des Zugangs zum Asylverfahren.<sup>141</sup> Nach ungarischem Recht müssen Drittstaatsangehörige, bevor sie im Land internationalen Schutz beantragen können,

131 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/17/5023.

132 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/18/4522.

133 EuGH, Rs. C-808/18, *European Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2020:1029.

134 INFR(2015)2201.

135 Europäische Kommission, INF/21/2743.

136 IP/21/5801.

137 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/15/5699.

138 INFR(2015)0432, INFR (2019)2184.

139 Europäische Kommission, INF/21/2743.

140 INFR(2020)2310.

141 Europäische Kommission, INF/20/1687.

zunächst in einer ungarischen Botschaft außerhalb der EU ihre Absicht bekunden Asyl zu beantragen. Dafür bedürfen sie einer speziellen Einreisegenehmigung. Da dies aber Personen, die sich im Hoheitsgebiet Ungarns, auch an der Grenze, aufhalten, hindert, dort internationalen Schutz zu beantragen, liegt hierin aus Kommissionssicht eine unzulässige Beschränkung des Zugangs zum Asylverfahren, v.a. mit Blick auf Art. 6 Asylverfahrensrichtlinie (EU) 2013/32 und Art. 18 GRCh. Nachdem sie Ungarn am 18.2.2021 ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV übermittelt hatte,<sup>142</sup> beschloss sie am 15.7.2021, Feststellungsklage gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV zu erheben.<sup>143</sup> Sodann leitete die Kommission am 25.7.2019<sup>144</sup> ein Verfahren<sup>145</sup> wegen unterlassener Nahrungsmittelbereitstellung für Menschen im Rückführungsverfahren ein, die in den ungarischen Transitzonen an der Grenze zu Serbien festgehalten werden. Sie macht geltend, dass die zur Rückkehr Verpflichteten gezwungen sind, in diesen Transitzonen zu bleiben und sich damit de facto in Haft befinden. Die Unterlassung der Bereitstellung von Nahrungsmitteln in einer derartigen Situation verstößt gegen Art. 16 Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG und Art. 4 GRCh. Am 10.10.2019 übermittelte die Kommission Ungarn ihre begründete Stellungnahme gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV.<sup>146</sup>

#### *e) Diskriminierung von Roma-Kindern im Bildungswesen*

Die Behinderung der sozialen Inklusion von Roma-Kindern im Bildungswesen ist seit dem 26.5.2016<sup>147</sup> Gegenstand eines Verfahrens.<sup>148</sup> Diese werden nach ungarischem Recht und Verwaltungspraxis oft speziellen Schulen für Kinder mit geistigen Behinderungen zugewiesen und in regulären Schulen häufig getrennt unterrichtet. Die Kommission hält dies für eine Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, was mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG unvereinbar ist; eine begründete Stellungnahme steht aus.

#### *f) Umgang mit Diskriminierungsopfern im Bildungswesen*

Am 9.6.2021<sup>149</sup> eröffnete die Kommission ein Verfahren<sup>150</sup> gegen Ungarn wegen der Gesetzesnovelle vom Juli 2020, die Gerichte verpflichtet, für Diskriminierungsopfer im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung eine moralische Entschädigung und nicht mehr eine Einmalzahlung anzuordnen, während Opfer anderer Bereiche nach wie vor mit Einmalzahlungen entschädigt werden. Die Kommission vertritt

142 Europäische Kommission, INF/21/441.

143 Europäische Kommission, INF/21/3440.

144 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/19/4260.

145 INFR(2019)2193.

146 Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/19/5994.

147 Europäische Kommission, MEMO/16/1823.

148 INFR(2015)2206.

149 Europäische Kommission, INF/21/2743.

150 INFR(2021)2073.



die Auffassung, dass die Novelle das europäische Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft nicht vollumfänglich einhält und insbesondere das Regressionsverbot verletzt, wonach die Umsetzung von EU-Richtlinien nicht zu einer Absenkung des allgemeinen Schutzniveaus für Diskriminierungsopfer führen darf. Daher hält sie die Novelle für unvereinbar mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG und der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf 2000/78/EG.

### *g) Diskriminierung von LGBTIQ-Personen*

Am 15.7.2021<sup>151</sup> folgte die Einleitung eines Verfahrens<sup>152</sup> gegen ein Gesetz, das Kindern und Jugendlichen den Zugang zu Publikationen verbietet, in denen Sexualität dargestellt wird, die von der heterosexuellen abweicht. Außerdem enthält es ein Werbeverbot für Darstellungen von Homo- oder Transsexuellen im gesellschaftlichen Leben. Die Kommission rügt hier Verletzungen der Rechte auf Datenschutz, Menschenwürde, freie Meinungsäußerung, Informationsfreiheit, Achtung des Privatlebens und Nichtdiskriminierung gem. Art. 1, 7 f., 11 und 21 GRCh. Sodann beanstandet sie Verstöße gegen die Richtlinie (EU) 2010/13 über audiovisuelle Mediendienste, die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, die Transparenzrichtlinie (EU) 2015/1535 für den Binnenmarkt sowie die Dienstleistungs- und die Warenverkehrsfreiheit.

### **3. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV**

Das Parlament stellte am 17.5.2017<sup>153</sup> fest, dass in Ungarn die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte besteht und daher das Rechtsstaatlichkeitsverfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV einzuleiten ist. Am 12.9.2018 folgte die Entscheidung des Plenums für den formellen Einleitungsvorschlag,<sup>154</sup> mit dem das Parlament dem Rat empfahl, einen Feststellungsbeschluss gem. Art. 7 Abs. 1 Abs. 1 EUV zu fassen. Damit setzte es das Rechtsstaatlichkeitsverfahren nunmehr gegen einen zweiten Mitgliedstaat in Gang. Die Klage Ungarns gegen den Einleitungsvorschlag sollte der EuGH am 3.6.2021 abweisen.<sup>155</sup> Auch hier ist die erste Verfahrensstufe bislang nicht beschritten und das Art. 7-Verfahren noch nicht formell aktiviert, da es, wie ausgeführt, dafür des Ratsbeschlusses bedarf, s. Art. 7 Abs. 1 UA 1 EUV.

Bezugnehmend auf frühere Entschliefungen zur Lage in Ungarn<sup>156</sup> begründete das Parlament seinen Einleitungsvorschlag mit Punkten, zu denen die Kommission

151 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung, IP/21/3668.

152 INFR(2021)2119.

153 *Europäisches Parlament*, Entschliefung, P8\_TA(2017)0216, Ziff. 8.

154 Im Folgenden *Europäisches Parlament*, Entschliefung, P8\_TA(2018)0340; s. auch *dass.*, Entschliefung, P9\_TA(2020)0014.

155 EuGH, Rs. C-650/18, *Ungarn v. Europäisches Parlament*, ECLI:EU:C:2021:426.

156 *Europäisches Parlament*, Entschliefung, P8\_TA(2017)0216, Ziff. 8.

bereits Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hat, z.B. zu den Behinderungen der Arbeit von NROs durch das Transparenzgesetz, der Verletzung von EU-Grundrechten durch das novellierte Hochschulgesetz sowie Verletzungen der Menschenrechte von Migranten, Asylbewerbern und Flüchtlingen. Im Weiteren äußerte es Bedenken unter Rekurs auf Stellungnahmen u.a. der Venedig-Kommission, des UN-Menschenrechtsrats, des OSZE-Büros für demokratische Institutionen und Menschenrechte sowie zahlreicher Urteile des EuGH,<sup>157</sup> des EGMR<sup>158</sup> sowie des ungarischen Verfassungsgerichts. Auf einige wird nun exemplarisch eingegangen:<sup>159</sup> Das Parlament hegte zunächst deutliche Vorbehalte zu der Funktionsweise des Verfassungs- und des Wahlsystems und der Unabhängigkeit der Justiz. Die durch Verfassungsreform verengten Zuständigkeiten des ungarischen Verfassungsgerichts beziehen sich u.a. auf Haushaltsfragen, die Abschaffung der Popularklage und die Möglichkeit, auf seine Rechtsprechung vor dem 1.1.2012 Bezug zu nehmen. Der Einfluss der Regierung auf dessen Zusammensetzung und Arbeitsweise wurde wiederum gestärkt, indem das Ernennungsverfahren für Richter, ihre Zahl am Gericht und ihr Renteneintrittsalter geändert wurden. Auch verließ die 2011 vollzogene Justizreform<sup>160</sup> dem vom ungarischen Parlament gewählten Präsidenten des neu eingerichteten Nationalen Justizamts umfassende Kompetenzen – obgleich dieser kein Organ der gerichtlichen Selbstverwaltung ist. Das Parlament nimmt ferner Anstoß an der Massenüberwachung der Kommunikation und rügt hier unzureichende Vorkehrungen zum Schutz vor der willkürlichen Verletzung des Rechts auf Privatsphäre. Seine Kritik betrifft ferner die ungarischen Mediengesetze,<sup>161</sup> die u.a. das Recht auf Zugang zu Regierungsinformationen einschränken. Daneben wird die stark politisierte Wahlberichterstattung aufgrund der Politisierung des Medieneigentums und ihrer Durchdringung mit Informationskampagnen der Regierung bemängelt. Abschreckend auf die redaktionelle Freiheit wirkt sodann die Vakanz einer unabhängigen Medienregulierungsstelle. Das Parlament kritisiert ferner eine weit verbreitete Diskriminierung, Arbeitslosigkeit und Segregation der Roma-Gemeinschaft in den Bereichen Wohnen und Bildung. Roma, Muslime, Migranten und Flüchtlinge sind häufig Opfer von Hassverbrechen und Hetze im politischen Diskurs und den

157 U.a. EuGH, Rs. C-286/12, *Europäische Kommission v. Ungarn*, ECLI:EU:C:2012:687; EuGH, verb. Rs. C-643/15 u. C-647/15, *Slowakische Republik und Ungarn v. Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2017:631.

158 U.a. EGMR, Application nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v. Hungary*, ECLI:CE:ECHR:2016:0628JUD007094511; EGMR, Application no. 20261/12, *BAKA v. HUNGARY*, LI:CE:ECHR:2016:0623JUD002026112.

159 Im Folgenden *Europäisches Parlament*, Entschließung, P8\_TA(2018)0340.

160 Gesetz Nr. CLXII/2011 über die Rechtsstellung und die Vergütung von Richtern; Gesetz Nr. CLXI/2011 über die Organisation und Verwaltung der Gerichte.

161 Gesetz Nr. CLXXXV/2010 über die Mediendienste und die Massenmedien; Gesetz Nr. CIV/2010 über die Pressefreiheit und die Rechtsvorschriften für die Besteuerung der Werbeeinnahmen von Massenmedien; s. auch EGMR, Application no. 63164/16, *Mándli and others v. Hungary*, ECLI:CE:ECHR:2020:0526JUD006316416; ders., Application no. 61178/14, *ATV ZRT v. Hungary*, ECLI:CE:ECHR:2020:0428JUD006117814.

Medien, auch im Zusammenhang mit staatlich geförderten Kampagnen. Es rügt außerdem die Zwangsunterbringung zahlreicher Personen mit geistigen und psychischen Behinderungen in medizinischen Einrichtungen. Ebenso beanstandet es, dass sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität im verfassungsmäßigen Diskriminierungsverbot nicht ausdrücklich als Diskriminierungsgründe benannt sind. Dass Ungarn Obdachlosigkeit entgegen internationalen Menschenrechtsnormen unter Strafe gestellt hat, ist ein weiterer Kritikpunkt. Zudem nehmen Fälle zu, in denen v.a. Roma-Kinder wegen schlechter sozioökonomischer Bedingungen von ihren Eltern getrennt werden.

#### 4. Rezeption der Entwicklungen über Ungarn hinaus

Den vorstehenden Entwicklungen stehen weitere internationale, europäische und nationale Beobachter gegenüber. Ausgesprochen kritische Stellungnahmen<sup>162</sup> gaben u.a. die Venedig-Kommission des Europarats, das BDIMR, die Council of Europe's Group of States against Corruption (GRECO), das ENCJ und Medienverbände ab.

### III. Weitere Entwicklungen

Aktuelle Überblicke über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn vermitteln der am 20.7.2021 erschienene zweite Kommissionsbericht sowie die Länderkapitel.<sup>163</sup> Danach scheinen die Bedenken zu den polnischen Justizreformen<sup>164</sup> nach wie vor berechtigt. So bleibt die Staatsanwaltschaft durch die fortgesetzte Personalunion von Justizminister und Generalstaatsanwalt politischer Einflussnahme ausgesetzt. Auch in Polen wächst der politische Druck auf Medien und Journalisten. Dies betrifft u.a. die Änderungspläne der Regierungskoalition zu in ausländischem Besitz befindlichen Medienunternehmen, was Auswirkungen auf den Medienpluralismus zeitigt. Daneben steigt der Druck der Regierung auf NROs und LGBTI+-Gruppen (Festnahmen und Hetzkampagnen eingeschlossen); und es mehren sich Korruptionsanzeigen. Zudem nimmt der Konflikt mit Brüssel zu den Justizreformen zu: Nachdem das polnische Verfassungsgericht mehrfach seine Entscheidung vertagt hatte, urteilte es am 7.10.2021, dass die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 u. 2 i.V.m.

162 S. u.a. *Venice Commission*, Hungary, 2./3.7.2021, CDL-AD(2021)029; *dies.*, 15./16.3.2019, CDL-AD(2019)004; *dies.*, 14./15.12.2018, CDL-AD(2018)035-e; *dies.*, 22./23.6.2018, CDL-AD(2018)013; *GRECO*, press release, 1.3.2019, Ref. DC 034(2019); IPI/CPJ/ECPFM/EFJ/FPU/RSF/SEEMO, 3.12.2019, abrufbar unter: <https://t1p.de/rt2c> (12.11.2021); ENCJ, 27.10.2020, abrufbar unter: <https://t1p.de/p32t> (12.11.2021).

163 EuGH, Rs. C-204/21 R, *Europäische Kommission v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:593; *European Commission*, SWD(2021) 722 final; *dies.*, SWD(2021) 714 final.

164 S. auch EGMR, Application Nos. 26691/18 u. 27367/18, *Broda and Bojara v. Poland*: vorzeitige Beendigung der Amtszeit als Vizepräsident eines Gerichts durch den Justizminister verletzt das Recht auf Zugang zu einem Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Art. 4 Abs. 3 EUV sowie von Art. 19 Abs. 1 u. 2 EUV durch den EuGH mit der polnischen Verfassung unvereinbar und daher für Polen unverbindlich ist, soweit sie die polnische Gerichtsbarkeit betrifft.<sup>165</sup> Hintergrund ist der Streit um das sich in die ständige EuGH-Rechtsprechung einreihende EuGH-Urteil vom 2.3.2021<sup>166</sup>, hinsichtlich dessen Ministerpräsident Morawiecki Ende März 2021 um Prüfung der Vorrangfrage gebeten hatte.<sup>167</sup> Das Verfassungsgericht befand mit zwei Gegenstimmen, der Versuch des EuGH, sich in das polnische Justizwesen „einzumischen, verstößt gegen (...) die Regel des Vorrangs der Verfassung und gegen die Regel, dass die Souveränität im Prozess der europäischen Integration bewahrt bleibt“. Diese höchstrichterliche Feststellung, dass EuGH-Urteile nicht mehr bindend für polnische Gerichte sein sollen, tastet eine EU-Grundfeste an und ist in ihrer Dimension erheblich. Insoweit wenig förderlich wird hier teilweise das Urteil des BVerfG vom 5.5.2020<sup>168</sup> betrachtet. Allerdings scheint dieser Rekurs angesichts deutlicher Unterschiede weniger passend: Das BVerfG beschränkt sich auf einen EU-Sekundärrechtsakt, anders als das polnische Verfassungsgericht, das zentrale Normen des EU-Primärrecht in den Blick nimmt und die EU als solche in Frage stellt. Während die deutsche Bundesregierung in ihrer Antwort an die Kommission im mittlerweile eröffneten Vertragsverletzungsverfahren grds. proeuropäisch auftrat,<sup>169</sup> gelang eine Lösung des Konflikts mit Polen auch dem Europäischen Rat im Oktober 2021 nicht.<sup>170</sup> Ebenfalls nicht ausgeräumt sind die Rechtsstaatlichkeitsbedenken zu Ungarn. So ist die justitielle Unabhängigkeit weiterhin nicht gewährleistet; im Dezember 2019 gab es eine neue Justizreform. Aktuell bleiben ferner die mangelhafte Korruptionsbekämpfung, Risiken für die Unabhängigkeit des Medienrats sowie die abnehmende Transparenz und Qualität des Gesetzgebungsverfahrens.

## F. Wirkungsgrad des traditionellen EU-Instrumententrios

Unter Berücksichtigung der Konzeption der drei EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumente (Kap. D.) und ihrer praktischen Anwendung (Kap E.) werden diese nun zusammenfassend in ihrem Wirkungsgrad beurteilt.

### I. EU-Rechtsstaatsdialog

Der Rechtsstaatsdialog entfaltet als unionales *soft law* nur eine begrenzte Wirkung. So appellierte die Kommission in insgesamt vier umfänglichen Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit gegenüber der polnischen Regierung, die gravierenden Bedenken

165 Trybunał Konstytucyjnego, sygn. akt K 3/21, <https://t1p.de/1i9r> (12.11.2021).

166 EuGH, Rs. C-824/18, *A.B. u.a. v. Krajowa Rada Sądownictwa*, ECLI:EU:C:2021:153.

167 EURACTIV, 14.7.2021, abrufbar unter: <https://t1p.de/8neu> (12.11.2021).

168 BVerfGE, Rs. 2 BvR 859/15 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

169 Mahnschreiben v. 9.6.2021, INFR (2021)2114; dlf, 12.8.2021, <https://t1p.de/64mj> (12.11.2021).

170 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 21./22.10.2021, EUCO 17/21, CO EUR 15, CONCL 5.

zu den polnischen Justizreformen auszuräumen, ohne dass die Regierung substantielle Schritte folgen ließ. Mit Ungarn ging die Kommission hingegen in keinen Rechtsstaatsdialog. Auch wenn angesichts der Vielzahl der kritischen Punkte fraglich scheint, ob die ungarische Regierung im Wege bilateraler inoffizieller Gespräche eingelenkt hätte, so handelt es sich auch dabei allein um eine These. Das Absehen der Kommission vom Dialog – trotz der absehbaren Spannungen – wirkt doch eher ungewöhnlich. Generell ist der Dialog als diplomatisches Mittel zur Aufrechterhaltung von Kommunikation grundlegend, um als Türöffner eine Annäherung gegensätzlicher Positionen im Sinne eines lösungsorientierten Umgangs überhaupt denkbar erscheinen zu lassen. Die dahingehende Kritik des Parlaments scheint daher berechtigt. Der von der Kommission 2019 vorgestellte stärkere dialogisch-kommunikative Ansatz, der auch zivilgesellschaftliche, grenzüberschreitende Kooperationen auf regionaler Ebene fördert, ist als der Pflege guter nachbarschaftlicher Beziehungen dienend zu begrüßen und wirkt insoweit ergänzend, um Mitgliedstaaten mit Rechtsstaatlichkeitsproblemen von innen heraus wieder grundlegenden rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen anzunähern. Zum Beispiel arbeiten die Bundesländer eng mit den europäischen Regionen zusammen, auch solcher Staaten, in denen die europäischen Grundwerte unter Druck stehen. So unterhält Brandenburg seit Jahren erfolgreich vielfältige Kooperationen mit den polnischen Woiwodschaften.<sup>171</sup> Dennoch konnten auch die grenzüberschreitenden Kooperationen die gravierenden Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in beiden Ländern nicht aufhalten. Zusammenfassend handelt es sich bei dem EU-Rechtsstaatsdialog und seiner Fortentwicklung 2019 um wichtige diplomatische Kommunikationsinstrumente. Der Dialog ist jedoch ein schwaches EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrument, wenn es konkret darum geht, Verstöße gegen EU-Grundwerte durch Staaten abzustellen.

## II. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV

Das Vertragsverletzungsverfahren bildet gegenüber dem Rechtsstaatsdialog ein wirksameres Instrument. Auch wenn die Regierungen Polens und Ungarn teilweise nach Fristablauf Änderungen an von der Kommission beanstandeten Gesetzen vornahmen, so nahmen sie diese auch als Folge des durch die Vertragsverletzungsverfahren vermittelten Drucks vor. Wie dargelegt, betrifft dies auf Seiten Polens die am 12.4.2018 vom Staatspräsidenten unterzeichnete Novelle des Gesetzes über die ordentliche Gerichtsbarkeit, nach der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit bis zum 65. Lebensjahr im Amt bleiben dürfen, ohne dafür das ministerielle Einverständnis einholen zu müssen, die Aufhebung der Zwangspensionierungen durch die Novelle des Gesetzes über das Oberste Gericht vom 21.11.2018 sowie die am 7.8.2021 angekündigte Auflösung bzw. Umstrukturierung der Disziplinkammer (Kap. E. I. 2. a)-c). Auf Seiten Ungarns ist die Aufhebung des Transparenzgesetzes durch das ungarische Parlament am 18.5.2021 (Kap. E. II. 2. a) relevant. Diese „Erfolgsquote“ scheint jedoch wiederum dürftig in Relation zu der Zahl der – hier nur

171 Staatskanzlei Brandenburg, Pressemitteilung, 15.6.2021.

exemplarisch genannten – Vertragsverletzungsverfahren gegen beide Länder im EU-Grundrechte-Bereich.

Einerseits ist das Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens, v.a. dann, wenn ein zweites Verfahren gem. Art. 260 AEUV eröffnet wird, insoweit vorteilhaft, weil hier im Falle einer Negierung eines EuGH-Urteils Sanktionen gem. Art. 260 Abs. 2 UA 2 AEUV verhängt werden können, die die Staaten empfindlich treffen können, zumal die Kommission, wie geschildert, das Verfahren mittels Kumulation von Zwangsgeld und Pauschalbetrag verschärft. So liegt der derzeitige Mindestpauschalbetrag für Polen bei 3.367.000 €, für Ungarn bei 1.122.000€. <sup>172</sup> Ein nach Art. 260 Abs. 2 AEUV erlassenes EuGH-Urteil verurteilt einen Mitgliedstaat, an die Kommission das entsprechende Zwangsgeld und/oder den Pauschalbetrag auf das Konto „Eigenmittel der Europäischen Union“ zu entrichten. <sup>173</sup> Gleichwohl sind EuGH-Urteile gem. Art. 280, 299 Abs. 1 HS 2 AEUV nicht gegenüber Staaten vollstreckbar. Ein adäquates Durchsetzungsmittel stellt aber insoweit die Aufrechnung mit Zahlungen an den Mitgliedstaat aus den verschiedenen Unionsfonds dar. <sup>174</sup> Andererseits sind die Fälle eines zweiten Vertragsverletzungsverfahrens in der Praxis überaus selten. Dies zeigt sich auch bei den hier betrachteten Ländern: Gegen Polen leitete die Kommission ein, gegen Ungarn lediglich zwei zweite Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 260 Abs. 2 UA 1 AEUV ein (Kap. E. I. 2. c), E. II. 2. a) u. d) ein: Am 7.9.2021 ging sie erneut gegen die polnischen Disziplinarregeln für Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit vor, am 18.2.2021 strengte sie ein Verfahren wegen des unveränderten Transparenzgesetzes an, und am 9.6.2021 eröffnete sie ein Verfahren wegen der unerfüllten Verpflichtungen Ungarns aus EU-Asyl- und Migrationsrecht entgegen dem EuGH-Urteil vom 17.12.2020.

Zudem zielt das Vertragsverletzungsverfahren auf die Ahndung konkreter Einzelverstöße gegen bestimmte unionsrechtliche Maßstäbe. Dies zeigt sich auch bei den gegen beide Länder eingeleiteten Verfahren, welche allein punktuell Aspekte erfassen, die zu einer Beeinträchtigung gesellschaftlicher Freiheiten führen. Auch sieht die Kommission teilweise davon ab, weitere Verfahrensschritte trotz ihrer Anzeigtheit einzuleiten, wie bei den Unterbringungsbedingungen von Menschen in ungarischen Transitzone oder der Diskriminierung von Roma-Kindern im Bildungswesen (Kap. E. II. 2. d) u. e). Weiterhin ist das Vertragsverletzungsverfahren infolge seiner langen Dauer eher schwerfällig und eignet sich damit weniger für schnellere Reaktionen der EU, auch wenn das erste Verfahren im Wege der einstweiligen Anordnung beschleunigt werden kann. Bei der hier ebenfalls möglichen Verhängung eines Zwangsgeldes gegen einen Staat, so wie am 27.10.2021 gegen Polen i.H.v. 1 Mio. €, ist zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des anordnenden Beschlusses nichts anderes als bei einem EuGH-Urteil gelten kann.

Ferner bleibt die Lage der Rechtsstaatlichkeit und der europäischen Grundwerte in Polen und Ungarn ausweislich der aktuellen Berichte über die Rechtsstaatlichkeit

<sup>172</sup> *Europäische Kommission*, ABl. C 301 v. 11.9.2020, S. 1.

<sup>173</sup> *Karpenstein*, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 73.

<sup>174</sup> *Ibid.*, Rn. 76.



2021 (Kap. E. III.) und der neu eröffneten Vertragsverletzungsverfahren (Kap. E. I. 2. e), Kap. E. II. 2. f) u. g) prekär. Schließlich zeigen die Begründungen der Kommission und des Parlaments in ihren Einleitungsvorschlägen für das Art. 7-EUV-Verfahren (Kap. E. I. 3., Kap. E. II. 3.), dass es in beiden Ländern mehr bedenkliche Fälle gibt, als mit dem Vertragsverletzungsverfahren verfolgt wurden.

### III. Rechtsstaatlichkeitsverfahren des Art. 7 EUV

Fraglich ist, ob das Rechtsstaatlichkeitsverfahren ein effizienteres Instrument darstellt. Wie gezeigt, müssen die Mitgliedstaaten, selbst wenn sie von den EU-Grundwerten erheblich abweichen, infolge der konzeptionellen Schwäche des Art. 7-EUV-Verfahrens gegenwärtig keine aus Art. 7 Abs. 3 EUV fließenden Sanktionen befürchten. Daher kann auch die hier zitierte Frage, ob finanzielle Sanktionen im Zusammenhang mit dem EU-Finanztransfer über einen Sanktionsbeschluss des Rates verhängt werden können (Kap. D. II.), offen gelassen werden. Denn die Bündnispartner betroffener Staaten werden einen einstimmig zu fassenden Feststellungsbeschluss des Europäischen Rates gem. Art. 7 Abs. 2 EUV (zweite Stufe) abwehren, der dem Sanktionsbeschluss des Rates gem. Art. 7 Abs. 3 UA 1 EUV (dritte Stufe) zwingend vorzugehen hat. Dies betrifft Polen und Ungarn, die sich gegenseitig stützen;<sup>175</sup> auch die baltischen Staaten<sup>176</sup> und Bulgarien<sup>177</sup> haben wiederholt ihr Veto signalisiert. Insoweit konnte auch der 2017 vom früheren Haushaltskommissar Günther Oettinger, Justizkommissarin Vera Jourova und MdEP Guy Verhofstadt<sup>178</sup> erörterte Sanktionsbeschluss zum Entzug von EU-Fördermitteln für Polen schon damals realistischerweise allein auf ein neues Instrument zielen. Insoweit handelt es sich bei dem Art. 7-EUV-Verfahren also tatsächlich um ein „stumpfes Schwert“. Auch die Kommission stellte Ende September 2020 resigniert fest, dass zwar die beiden Art. 7-EUV-Verfahren im Rat mit Anhörungen fortgeführt würden, „doch die meisten der ermittelten Herausforderungen sind noch ungelöst“.<sup>179</sup> Immerhin entfalten die Art.-7-Einleitungsvorschläge gegen Polen und Ungarn im gegenwärtigen gesellschaftlichen Diskurs in den Mitgliedstaaten, in dem es um den richtigen Umgang mit Populismus und Rechtsruck geht, eine Signalwirkung für die Bewahrung der europäischen Grundwerte in der EU, die nicht nur in „Fronten für Solida-

175 S. u.a. *Rettmann*, Hungary veto sets scene for EU battle on Poland, euobserver, news, 21.12.2017, abrufbar unter: <https://euobserver.com/justice/140385> (12.11.2021).

176 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11983, 9.3.2018, S. 23 f.

177 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11937, 12.1.2018, S. 6 f.

178 *Stierle*, Keine EU-Mittel für Polen?, EURACTIV, 19.7.2017, abrufbar unter: <https://www.euractiv.de/section/europakompakt/news/keine-eu-mittel-fuer-polen/> (12.11.2021); *Becker*, Kein Rechtsstaat, kein Geld, Osteuropäer müssen im Milliarden bange, Spiegel Online, 28.6.2017, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eu-guenther-oettinger-droht-polen-und-ungarn-mit-geldentzug-a-1154841.html> (12.11.2021).

179 *Europäische Kommission*, Mitteilung, COM(2020) 580 final, S. 31.



ritäts-Konditionalitäten“ von Mitgliedstaaten<sup>180</sup>, sondern auch in ein wachsendes Bewusstsein der Unionsbürger für Rechtsstaatlichkeit münden dürften.

## **G. Finanzieller Mechanismus der EU zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit (EU-Rechtsstaatsmechanismus)**

Angesichts der Entwicklungen v.a. in Polen und Ungarn wurde eine Fortentwicklung des EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumentariums unumgänglich.

### **I. Telos und Struktur**

Die Kommission hatte im Mai 2014 einen Verordnungsvorschlag über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten unterbreitet<sup>181</sup> und in ihrem Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finzen vom 28.6.2017<sup>182</sup> auf eine mögliche Fördermittelkürzung der europäischen Struktur- und Investitionsfonds wegen nationaler Rechtsstaatlichkeitsdefizite hingewiesen. Ende März 2018 trat die frühere Regionalkommissarin Corina Cretu dafür ein, ex-ante Konditionalitäten, bezogen auf Rechtsstaatlichkeit und Migrationssteuerung, im nächsten MFR zu verankern.<sup>183</sup> Diese sollten sich über die Kohäsionspolitik hinaus auf sämtliche Politikbereiche erstrecken.

Die am 16.12.2020 verabschiedete, auf Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV i.V.m. Art. 106a Euratom basierende Verordnung (EU) 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union (im Folgenden VO)<sup>184</sup> soll die EU befähigen, Sanktionsmaßnahmen gegen einen Mitgliedstaat zu ergreifen, wenn Verstöße gegen die „Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit“ zu einem Missbrauch von EU-Mitteln führen oder ein ernsthaftes Risiko dafür schaffen. Der Rechtsstaatsmechanismus stellt damit vor dem Hintergrund, dass die EU eine Wertegemeinschaft ist, eine Konditionalität zwischen Rechtsstaatlichkeit, wirtschaftlicher Haushaltsführung der Mitgliedstaaten und wirksamer Ausführung des EU-Haushaltsplans her. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die Staaten eine wirtschaftliche Haushaltsführung nur gewährleisten können, wenn die Behörden in Einklang mit dem Gesetz handeln, Gesetzesverstöße wirksam von Ermittlungs- und Strafverfolgungsinstanzen verfolgt werden und behördliche Beschlüsse einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle durch unabhängige Gerichte und durch den EuGH unterliegen, s. Art. 4 Abs. 2, 7.-15. Erwgr Präambel VO. Über die Vergabe von EU-Mitteln sind auch die finanziellen Interessen der EU berührt. „Rechtsstaatlichkeit“

180 Z.B. Italien, Deutschland, Frankreich u. Spanien, s. Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 12000, 13.4.2018, S. 6; Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11935, 10.1.2018, S. 2 u. 4.

181 VO (EU/Euratom) 2020/2092, ABl. L 433 v. 22.12.2020, S. 1.

182 *Europäische Kommission*, COM(2017) 358 final, S. 22.

183 Agence Europe, Bulletin Quotidien Europe 11991, 29.3.2018, S. 12 f.

184 VO (EU/Euratom) 2020/2092, ABl. L 433 v. 22.12.2020, S. 1.

ist gem. Art. 2 lit. a) VO weit zu verstehen. Sie umfasst über die gemeinhin anerkannten Grundsätze (Kap. C.) die in Art. 2 EUV verbürgten Grundwerte. Verstöße gegen die „Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit“ können z.B. in der Gefährdung der Unabhängigkeit der Gerichte, willkürlichen und unrechtmäßigen behördlichen Entscheidungen sowie der Einschränkung von Rechtsmitteln liegen, s. Art. 3 VO.

Das Verfahren verläuft wie folgt: Liegen aus Kommissionssicht „hinreichende Gründe“ gem. Art. 6 Abs. 1 VO dafür vor, dass Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gem. Art. 4 Abs. 1 VO die wirtschaftliche Führung des EU-Haushalts oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen „hinreichend unmittelbar beeinträchtigen“ oder „ernsthaft zu beeinträchtigen drohen“, sind zwingend Sanktionsmaßnahmen „zu ergreifen“. In diesem Fall informiert die Kommission den betreffenden Mitgliedstaat, der Abhilfemaßnahmen vorschlagen kann, s. Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VO. Kommt sie zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für Sanktionsmaßnahmen vorliegen, schlägt sie dem Rat einen Durchführungsbeschluss mit Sanktionsmaßnahmen vor, s. Art. 6 Abs. 9 VO. Die Kommission besitzt bei dem „Ob“ ihres Vorschlags keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum. Auch der Rat verfügt bei der Annahme des Durchführungsbeschlusses über kein Ermessen („nimmt an“), s. Art. 6 Abs. 10 VO. Er entscheidet regelmäßig binnen eines Monats; es ihm unbenommen, den Kommissionsvorschlag mit qualifizierter Mehrheit abzuändern, s. Art. 6 Abs. 10 u. 11 VO.

Auch hinsichtlich des „Ob“ von Sanktionsmaßnahmen eröffnet Art. 4 Abs. 1 VO – der voraussetzt, dass Verstöße gem. Art. 6 Abs. 1 VO festgestellt wurden – kein Ermessen. Ausweislich des Art. 4 Abs. 1 VO „sind“ die als „geeignete Maßnahmen“ bezeichneten Sanktionsmaßnahmen „zu ergreifen“ – insoweit besteht eine Handlungspflicht der EU-Institutionen. Die Sanktionsmaßnahmen richten sich an die Mitgliedstaaten als Empfängern der Unionsmittel. Ihr Spektrum erstreckt sich gem. Art. 5 VO auf die Unterbrechung von Zahlungsfristen über die Aussetzung von Genehmigungen aus EU-Programmen bis hin zur Verringerung und Aussetzung von Zahlungen. Ein Ermessen kann sich mithin ausschließlich auf das „Wie“, die Mittelauswahl, beziehen. Der Rechtsstaatsmechanismus deckt hier sämtliche Politikbereiche ab, in denen EU-Mittel zum Einsatz kommen. Dazu gehören solche aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, dem Europäischen Sozialfonds Plus, dem Kohäsionsfonds, dem Europäischen Meeres- und Fischereifonds, dem Asyl- und Migrationsfonds, dem Fonds für die innere Sicherheit und dem Instrument für Grenzmanagement und Visa, s. 19. Erwgr Präambel VO. In die Auswahlentscheidung zu den Sanktionsmaßnahmen fließen gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Art, Schwere und Umfang der Rechtsstaatlichkeitsdefizite ein, s. Art. 5 Abs. 3 VO. Legen die Staaten Nachweise vor, die einen festgestellten Verstoß entkräften, können Sanktionen abgeschwächt oder eingestellt werden, s. Art. 7 VO.

Die VO umfasst ebenfalls Vorkehrungen, um zu verhindern, dass von den EU-Mitteln abhängige Endempfänger und Begünstigte in den Mitgliedstaaten – z.B. Erasmus-Studierende, Landwirte, Forscher oder NROs – für Verstöße ihrer nationalen Regierungen „bestraft“ werden. So müssen die staatlichen Einrichtungen ein von einer Maßnahme betroffenes Programm oder einen Fonds weiter ausführen und

insbesondere Zahlungen an Endbegünstigte weiter tätigen, s. Art. 5 Abs. 5, 19. Erwgr Präambel VO. Um die Auszahlung der EU-Mittel überprüfen zu können, ist eine Berichterstattung der Staaten an die Kommission vorgesehen, s. 19. Erwgr Präambel VO. Diese soll, falls erforderlich, ausgezahlte Beträge wieder einziehen können oder gegebenenfalls eine Finanzkorrektur vornehmen, indem sie die EU-Unterstützung für ein Programm im Einklang mit den anwendbaren sektorspezifischen Vorschriften und Haushaltsvorschriften verringert, s. 19. Erwgr Präambel VO. Endbegünstigte können sich bei Verstößen über eine Web-Plattform bei der Kommission beschweren, s. Art. 5 Abs. 4, 19. Erwgr Präambel VO.

## II. Allgemeine, unmittelbare und verbindliche Geltung der VO

Der Rechtsstaatsmechanismus ist am 1.1.2021 in Gestalt der besagten VO gem. Art. 10 VO in Kraft getreten. Er gilt allgemein und unmittelbar in sämtlichen 27 Mitgliedstaaten und ist in allen seinen Teilen verbindlich, s. Art. 288 Abs. 2 AEUV. Damit sind die EU-Institutionen einschließlich des Europäischen Rates und der Kommission an die VO-Bestimmungen gebunden; eine Einflussnahme auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens ist ihnen verwehrt. Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur und Wirkungsweise der EU-Verordnung gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV: Ihre unmittelbare Geltung nimmt den Mitgliedstaaten die Befugnis, normative Bestimmungen zu erlassen, die die Tragweite der Verordnung selbst berühren; auch ist ihnen versagt, auf das Datum oder die Modalitäten des Wirksamwerdens Einfluss zu nehmen<sup>185</sup> – dies muss zwingend spiegelbildlich für die EU-Institutionen gelten. So wie die Pflicht der Staaten zur Beachtung einer Verordnung unbedingt und vorbehaltlos gilt,<sup>186</sup> sind auch die EU-Institutionen an die Verordnungsbestimmungen solange gebunden, wie die zeitliche Geltung der Verordnung reicht.<sup>187</sup> Verordnungen begründen somit Rechte und Pflichten potenziell für die Mitgliedstaaten, die Unionsbürger und die Unionseinrichtungen selbst.

## III. Stellungnahme

Der neue Ansatz der VO, eine Konditionalisierung zwischen EU-Mittelauszahlung und Wahrung der europäischen Grundwerte herzustellen, steht vor dem Hintergrund der nur teilweise wirksamen traditionellen EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumente (Kap. F). Wegen dieser Lücke bei der Ahndung von Rechtsstaatlichkeitsverstößen schufen der Rat und das Parlament mit der VO ein Instrument, das eine

185 EuGH, Rs. 40/69, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe v. Bollmann*, ECLI:EU:C:1970:12; EuGH, Rs. 94/77, *Zerbone v. Amministrazione delle finanze dello stato*, ECLI:EU:C:1978:17.

186 EuGH, Rs. 39/72, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik*, ECLI:EU:C:1973:13.

187 EuGH, Rs. 113/77, *NTN Toyo Bearing Company Ltd und andere gegen Rat der Europäischen Gemeinschaften*, ECLI:EU:C:1979:91; *Nettesheim*, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), Art. 288 AEUV, Rn. 98, 100.

direkte und schnelle Antwort der EU auf anhaltende Verstöße durch die Mitgliedstaaten ermöglicht. Nicht nur in der Klimaschutz- und Umweltenergiepolitik zeigt sich, dass mit Dialog und Selbstverpflichtungen nur wenig bis keine Fortschritte erzielt werden. Der notwendige Handlungsdruck wird oft erst mit monetären Instrumenten, wie nationalen Preissystemen, dem EU-Emissionshandelssystem sowie weltweiten CO<sub>2</sub>-Preisinitiativen, erzeugt.<sup>188</sup> So dürfte es sich auch bei der hier in Rede stehenden Konditionalisierung verhalten. Dass die VO genau diesen Nerv trifft, zeigen die massiven Proteste Polens und Ungarns sowie weiterer Staaten, u.a. Rumäniens, Bulgariens und Sloweniens, in denen sich die EU-Grundwerte ausweislich einer steigenden Zahl relevanter Vertragsverletzungsverfahren<sup>189</sup> ebenfalls unter Druck befinden. Ein Punkt ist aber nicht unproblematisch. Zwar sind die staatlichen Stellen in den Mitgliedstaaten verpflichtet, die EU-Mittel an die Endbegünstigten weiter auszugeben. Fraglich scheint aber, woher die nationalen Auszahlungsbehörden bei EU-Mittelkürzungen die Gelder nehmen sollen. Insoweit ist es zwingend notwendig, dass die Kommission die im 19. Erwgr der Präambel VO ausgeführten Maßnahmen – den Wiedereinzug ausgezahlter Beträge sowie Finanzkorrekturen – in der Praxis tatsächlich vornimmt, um am Ende nicht diejenigen zu treffen, die für die Rechtsstaatlichkeitsdefizite im Land nicht verantwortlich sind und sich im Gegenteil mit teils hohem zivilgesellschaftlichem Engagement für Rechtsstaatlichkeit und gegen die jeweilige (Zentral-)Regierung einsetzen.

Der Rechtsstaatsmechanismus ist erforderlich, weil auf eine gravierende Abweichung vom EU-Wertekanon durch einen Mitgliedstaat nicht mit Schweigen reagiert werden darf, gerade wegen der unzureichenden drei EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumente. Denn die europäischen Grundwerte sind unverhandelbar und müssen von sämtlichen Mitgliedstaaten gem. Art. 2 EUV beachtet werden. Insbesondere die Unabhängigkeit der Justiz und das Recht auf wirksamen Rechtsschutz sind grundlegende europäische Rechte, die erfordern, dass Richter autark Recht sprechen – ohne Versuche der Einflussnahme oder Einschüchterung. Auch europäisches Recht zur Unterstützung von Menschen, die in einem EU-Mitgliedstaat Asyl beantragen, ist zu respektieren. NROs, die hier Hilfe leisten, dürfen dafür nicht bestraft, sondern müssen vielmehr unterstützt werden. Auch dürfen international renommierte Universitäten wie die CEU nicht, wie aber geschehen, gezwungen werden, das Land zu verlassen – das verletzt den hohen Wert der Wissenschaftsfreiheit. Letztlich geht es beim Rechtsstaatsmechanismus nicht mehr und nicht weniger als um die Wahrung des europäischen Wertekanons, bestehend aus der Achtung der Menschenwürde, der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Dieser stiftet Einheit und ist gleichzeitig Identitätsmerkmal des europäischen Zusammenschlusses. Daher muss er in sämtlichen Mitgliedstaaten Wirkung entfalten können und besitzt unionsweite Si-

188 Dazu Stäsche, EnWZ 2019/7, S. 259 ff.

189 Vgl. *European Commission*, 2021 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Romania, SWD(2021) 724 final; *European Commission*, 2021 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Bulgaria, SWD(2021) 703 final; *European Commission*, 2021 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Slovenia, SWD(2021) 726 final.

gnalwirkung. Letztlich kann die Europäische Union nur dann bestehen bleiben, wenn das Fundament der Union stabil ist und gegen sich entwickelnde rechte Tendenzen entschieden verteidigt wird.

## H. Anweisung des Europäischen Rates an die Europäische Kommission

Der Europäische Rat erteilte der Kommission am 10./11.12.2020 die Anweisung, zunächst das EuGH-Urteil abzuwarten, sodann ihre die Anwendung des Rechtsstaatsmechanismus konkretisierenden Leitlinien unter Berücksichtigung des erwarteten EuGH-Urteils anzunehmen und erst danach den Rechtsstaatsmechanismus der Verordnung (EU) 2020/2092 gegenüber entsprechenden Mitgliedstaaten anzuwenden. Ausgehend von einer Einordnung der Rechtsnatur des Europäischen Rates und seinen Aufgaben wird nun die Rechtsnatur seiner Entscheidungen in den Blick genommen. Im Anschluss werden die an seine Entscheidungen anzulegenden Legititätsanforderungen dargelegt sowie auf justitielle und kompetentielle Fragen eingegangen. Daraufhin folgt die Prüfung der Rechtmäßigkeit der konkreten Anweisung des Europäischen Rates sowie der Rechtmäßigkeit der Untätigkeit der Kommission.

## I. Rechnatur und Aufgaben des Europäischen Rates

Der Europäische Rat konstituiert sich durch die Staats- und Regierungschefs, seinen Präsidenten und die Kommissionspräsidentin, s. Art. 15 Abs. 2 S. 1 EUV. Vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages bildete er eine besondere Form der Regierungskonferenz und ein außerhalb der Europäischen Gemeinschaft stehendes politisches „Unionsorgan“.<sup>190</sup> Zu einem echten Unionsorgan avancierte er mit dem Lissabonner Vertrag gem. Art. 13 Abs. 1 UA 2 2. Sprstr. i.V.m. Art. 15 EUV. Damit wurde dem Wesen des Europäischen Rates als Entscheidungsträger in allen drei unionalen Säulen Rechnung getragen. Seine Organstellung ist auch Ergebnis des Einflusses, den das institutionelle Gleichgewicht als politisches Prinzip auf das institutionelle Gleichgewicht als rechtliches Prinzip ausübt (Kap. H. II. 2.). Im Ergebnis handelte es sich hier um die rechtliche Umsetzung der *living constitution*.<sup>191</sup> Der Europäische Rat nimmt zahlreiche Befugnisse wahr, die nur vereinzelt in den Verträgen abgebildet sind, mit häufig fließenden Übergängen. Dazu gehören die politische Koordination, die allgemeine politische Impulsgebung, die Lösung kontroverser Probleme in Unionsangelegenheiten sowie das Agieren als „Berufungsinstanz“ bei einem *deadlock* im Rat und als „Verfassungsarchitekt“<sup>192</sup> in den Vertragsrevisionskonferenzen.<sup>193</sup> Die Aufgabenzuweisungsnorm des Art. 15 EUV schränkt das Selbstbefassungsrecht<sup>194</sup> des Europäischen Rates nicht ein, sondern orientiert sich

190 Stäsche, Europäischer Rat, S. 66 ff.

191 Ibid., S. 519.

192 Wessels, integration 1997, S. 130.

193 Stäsche, Europäischer Rat, S. 60 ff. m.w.N.

194 Dazu Stäsche, Europäischer Rat, S. 643.

weitgehend an der Vorgängernorm des Art. 4 EUV in der Fassung des Vertrages von Nizza<sup>195</sup> (NV). Indem sie die Festlegung von Prioritäten als Aufgabe benennt, bestätigt sie zwar die bisherige Praxis, demonstriert aber durch die vertragliche Form gleichzeitig den Willen, sein Handeln auf Grundsatzentscheidungen zu konzentrieren. Infolge der Weite der Formulierungen ist es den Staats- und Regierungschefs aber weiter unbenommen, politische Kompromisse zu formen und Berufungsentscheidungen zu treffen. Art. 15 Abs. 1 S. 2 EU unterbindet ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Europäischen Rates, womit es ihm untersagt ist, die als Gesetzgebungsakte qualifizierten Verordnungen und Richtlinien zu erlassen. Hingegen darf er in ausdrücklich geregelten Fällen Beschlüsse fassen.

## II. Rechtsnatur und Legalitätsanforderungen der Entscheidungen

### 1. Rechtsnatur der Entscheidungen des Europäischen Rates

Die Entscheidungen des Europäischen Rates ergehen u.a. als Grundsatz- und Leitentscheidungen, als Aufforderungen oder als Beschlüsse.

#### *a) Grundsatz- und Leitentscheidungen*

Seine Grundsatz- und Leitentscheidungen könnten unionales *soft law* bilden. Bei *soft law* handelt es sich um Regeln, die das Verhalten anderer beeinflussen und die in Instrumenten niedergelegt sind, denen keine rechtlich bindende Kraft als solche beigefügt wurde, die aber gleichwohl bestimmte (indirekte) Rechtswirkungen erzeugen können bzw. von einer gewissen rechtlichen Reichweite sind.<sup>196</sup> Einem Akt ist dann Rechtswirkung beizumessen, wenn er in der Lage ist, neue Rechte und Pflichten zu begründen oder aufzuerlegen, also die rechtliche Stellung einer Person zu verändern.<sup>197</sup> Wie auch der EuGH<sup>198</sup> feststellte, ist das bei nur vorbereitenden Entscheidungen regelmäßig nicht der Fall. Es sind grds. zwei Kategorien der Rechtswirkung bzw. der rechtlichen Bindungskraft zu unterscheiden:<sup>199</sup> In der ersten ist einem Akt eine rechtliche Bindung beigefügt und gleichzeitig mit ihm intendiert (*inherent legally binding force*). Dies betrifft Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse, s. Art. 288 AEUV. In der zweiten Kategorie haftet einem Akt eine sonstige oder beiläufige rechtliche Bindung an (*incidental legally binding force*). Dabei besteht die politische Absicht des Verfassers, dass der Akt Rechtswirkungen erzeugen soll, die er entweder explizit äußert oder die implizit aus den Formulierungen, dem Hintergrund oder der Form des Akts herzuleiten ist. Darüber hinaus kann ein Akt

195 ABl. C 80 v. 10.3.2001, S. 1; ABl. C 325 v. 24.12.2002, S. 5, 33.

196 Senden, S. 112.

197 Ibid., S. 235 ff., 321 ff. m.w.N.; Wellens/Borchardt, ELRev. 1989/5, S. 279 ff.

198 EuGH, Rs. C 239/96 R, C-240/96 R, *United Kingdom v. Commission*, ECLI:EU:C:1996:347.

199 Stäsche, Europäischer Rat, S. 74 ff. m.w.N.

in Heranziehung des EuGH-Rechtsprechung<sup>200</sup> gewissermaßen als dritte Kategorie indirekte Rechtswirkungen erzeugen, wie bei der gerichtlichen Interpretation von Recht oder in Anwendung bestimmter rechtlicher Prinzipien.<sup>201</sup> Demnach wird der Rechtswirkung bzw. der rechtlichen Bindungskraft ein weites Verständnis zu Grunde gelegt. Während den Instrumenten des *soft law* die erste Kategorie – das klassische *hard law* – versperrt ist und regelmäßig auch die zweite Kategorie ausscheidet – da die Autoren des *soft law* ihm regelmäßig keine (direkte) Rechtswirkung als solche beigeben wollen – ist häufig die dritte Kategorie einschlägig: das „wahre“ oder „formale“<sup>202</sup> *soft law*.

Unter Berücksichtigung des Vorstehenden ist festzustellen, dass der Europäische Rat bei seinen Entscheidungen regelmäßig nicht die Absicht hegt, dass diese rechtliche Bindungskraft erlangen sollen.<sup>203</sup> Auch wenn unter den Verhaltensregeln der dritten Kategorie Abstufungen in der rechtlichen Reichweite bestehen,<sup>204</sup> ist sämtlichen Verhaltensregeln gemein, dass sie entweder nach dem Willen ihrer Verfasser oder vermittelt über das gemeinschaftliche Rechtssystem das Verhalten der Mitgliedstaaten, Institutionen, Unternehmen oder Einzelpersonen beeinflussen. Auch wenn die Entscheidungen des Europäischen Rates mit Unionsbezug keine rechtliche Bindung aufweisen, können sie indirekte rechtliche Bindungswirkungen erzeugen,<sup>205</sup> indem sie den Willen und die Freiheit der Adressaten beschränken.<sup>206</sup> Eine Willensbeschränkung tritt v.a. dann ein, wenn die Erwartung der rechtlichen Umsetzung vorhanden ist. Während eine solche nicht bei Entscheidungen besteht, die lediglich der politischen Festlegung der Staaten oder als Interpretationsquelle dienen, ist sie regelmäßig mit Entscheidungen verbunden, an die besonders hohe, weiterreichende Erwartungen geknüpft sind.<sup>207</sup> Diese Entscheidungen erfüllen somit die so genannte *pre-law function* von *soft law*, weil sie regelmäßig im Hinblick auf die Vorbereitung und Ausarbeitung künftiger EU-Gesetzgebung und Politik verabschiedet werden und den Weg für die Annahme zukünftiger Rechtsakte ebnen, indem sie im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses die Unterstützung für die jeweiligen Regeln bilden oder fördern.<sup>208</sup> Eine Willensbeschränkung liegt aber auch dann vor, wenn die Annahme besteht, dass Institutionen, Staaten, internationale Organisationen oder Einzelne ihr Verhalten an den Verhaltensregeln ausrichten.<sup>209</sup>

Die Beurteilung, ob es sich um rein politische Äußerungen handelt, die sich lediglich darauf beschränken, eine bestimmte Ansicht wiederzugeben, oder um Instru-

200 Zu den Wirkungen anderer Rechtsakte als Verordnungen, EuGH, Rs. C-322/88, *Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles*, ECLI:EU:C:1989:646.

201 Senden, S. 251 ff.

202 Marquier, S. 30 ff.

203 Stäsche, *Europäischer Rat*, S. 74 ff., 80 ff. m.w.N.

204 Dazu Wellens/Borchardt, *ELRev.* 1989/5, S. 285.

205 So wohl auch Bothe, in: von Münch (Hrsg.), S. 769, Beschlüsse des Europäischen Rates als „politisch verbindlicher Orientierungsrahmen“.

206 Vgl. Jacobsson, in: Mörtz, S. 90 ff.

207 Senden, S. 112; Bothe, in: von Münch (Hrsg.).

208 Senden, S. 120, 193, 458; Wellens/Borchardt, *ELRev.* 1989/5, S. 274, 282.

209 Wellens/Borchardt, *ELRev.* 1989/5, S. 312; ähnl. Baldwin, S. 251.



mente, die Informationen bereitstellen, oder aber um indirekte rechtliche Verpflichtungen bzw. Auswirkungen, hängt maßgeblich davon ab, wie konkret die Entscheidungen des Europäischen Rates im Einzelfall gefasst sind.<sup>210</sup> So sprach die überwiegend breite Wortwahl der im Juni 1983 verabschiedeten Stuttgarter Deklaration gegen seine politische Absicht, ihr Rechtswirkung als solche zu verleihen, und gegen eine indirekte rechtliche Bindung der Mitgliedstaaten; sie statuierte lediglich politische Verpflichtungen. Anders sind dagegen die Lösung des britischen Haushaltsproblems in Fontainebleau im Juni 1984 sowie die Entscheidungen zu den Finanzrahmen, u.a. der Agenda 2000 durch die Konferenz von Berlin im März 1999, zu qualifizieren. Denn mit diesen war die Erwartung des Europäischen Rates verbunden, dass die Gemeinschaftsorgane sie entweder im Gesetzgebungsverfahren umsetzen oder sie den Interinstitutionellen Vereinbarungen über die Haushaltsdisziplin und die Verbesserung des Haushaltsverfahrens zwischen Rat, Kommission und Parlament zugrunde legen. Damit handelte es sich hier um verhaltenslenkende Regeln.

Indem der Europäische Rat EU-Grundsatz- und Leitentscheidungen fasst, die die anderen EU-Institutionen häufig aufgreifen, nimmt er Aufgaben der Regierung – der „Staatsleitung“ – der EU wahr, die gubernativ Recht, vorliegend unionales *soft law*, setzt.<sup>211</sup> Als solche initiiert er u.a. Rechtssetzungsverfahren, prägt sie auch inhaltlich und steuert den Gang seiner Entscheidungen durch die Kommission, den Rat und das Parlament. Die Bindung der EU-Institutionen bei der Umsetzung der politischen Entscheidungen im Unionsverfahren beruht auf der den Staats- und Regierungschefs eigenen höchsten politischen Autorität. Sie erzeugen (lediglich) indirekte Rechtswirkungen, indem sie der Vorbereitung und Ausarbeitung künftiger Unionspolitiken und Gesetzgebung dienen und das Verhalten der anderen EU-Institutionen beeinflussen sollen; formal rechtlich entfalten sie keine Bindungswirkung. Im Lichte der europäischen Verfassungslehre trägt der Europäische Rat insoweit deutliche Züge eines Organs gubernativer Rechtsetzung. Gleichwohl ist er nicht als alleinige europäische Regierung zu betrachten. So ist seine Steuerung und Einflussnahme in den einzelnen Themenbereichen durchaus unterschiedlich, der Entscheidungsprozess ist vielmehr durch eine interinstitutionelle Wechselwirkung geprägt. Gubernative Aufgaben erfüllt v.a. auch die Kommission in Wahrnehmung ihres Initiativmonopols gem. Art. 17 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 289 Abs. 1, 293 Abs. 1, 294 AEUV. Dabei setzt sie nicht nur die an sie gerichteten Aufforderungen des Europäischen Rates um, sondern bedient sich auch vieler externer Quellen.

### *b) Aufforderungen und Beschlüsse*

Daneben erteilt der Europäische Rat v.a. der Kommission und dem Rat häufig Anweisungen, rechtlich unverbindliche Mitteilungen und Arbeitspapiere vorzulegen

210 Im Folgenden eingehend Stäsche, Europäischer Rat, S. 75 f. m.w.N.

211 Im Folgenden Stäsche, Europäischer Rat, S. 76 m.w.N., 80, 82 m.w.N., 658.

oder bestimmte Handlungen vorzunehmen.<sup>212</sup> U.a. fordert er hier die Kommission auf, formelle Gesetzgebungsvorschläge zu unterbreiten, die seine politischen Entscheidungen umsetzen. Die Bandbreite der betroffenen Themen variiert stark; die EU-Institutionen kommen seinen Aufforderungen regelmäßig nach. So übermittelt die Kommission – obgleich sie infolge ihrer Unabhängigkeit gem. Art. 17 Abs. 5 UA 3 EUV dazu nicht verpflichtet ist, Anweisungen jeglicher Art zu befolgen – dem Europäischen Rat auf seine Aufforderung hin oder in Eigeninitiative Mitteilungen und Arbeitspapiere. Als Ermächtigung für die Aufforderungen dienen seine politische Impulsgebungsfunktion gem. Art. 15 Abs. 1 S. 1 EUV sowie sein Selbstbefassungsrecht. Beschlüsse fasst der Europäische Rat aufgrund seiner seit Lissabon bestehenden institutionellen und Exekutivkompetenzen. Generell sind die Beschlüsse grds. auf die Ebene der Gesetzgebungsakte gehoben worden. Sie sind Gesetzgebungsakte, wenn sie das ordentliche oder ein besonderes Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, s. Art. 289 Abs. 1 bis 3 AEUV. Demnach handelt es sich bei den Beschlüssen des Europäischen Rates nicht um Gesetzgebungsakte, sondern um rechtlich verbindliche Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, die unionales *hard law* bilden. Sie betreffen u.a. die Festlegung der meisten Ratsformationen (Art. 16 Abs. 6 UA 1 EUV i.V.m. Art. 236 a) AEUV) und die Zusammensetzung des Parlaments (Art. 14 Abs. 2 UA 2 EUV). Außerdem werden Rechtswirkungen bei der Ausübung exekutiver Spezialkompetenzen wie der Investitur des Kommissionspräsidenten erzeugt (Art. 17 Abs. 7 EUV). Sie entstehen ferner, wenn der Europäische Rat als konstitutioneller Architekt nach der allgemeinen Brückenklause auftritt (Art. 48 Abs. 7 EUV) sowie bei seinem Feststellungsbeschluss (Art. 7 Abs. 2 EUV).

## 2. Legalitätsanforderungen, Justitiabilität und kompetentielle Fragen

Die Bindung des Europäischen Rates an die europäischen Grundwerte einschließlich des Rechtsstaatsprinzips ergibt sich zum einen aus Art. 2 EUV. Denn die hier genannten Werte sind Güter, die dem Rechtssubjekt Europäische Union voraus liegen, die aber zugleich die Grundlage für die rechtskonstruktive Existenz der Union konstituieren.<sup>213</sup> Daraus folgt die Bindung der EU-Institutionen selbst als den Handlungsträgern der Union an deren Grundwerte. Zum anderen bezweckt der institutionelle Rahmen der Union, ihren Grundwerten Geltung zu verschaffen, s. Art. 13 Abs. 1 UA 1 i.V.m. Art. 2 EUV, womit explizit auch ihre Institutionen selbst in der Pflicht stehen. Folglich muss auch der Europäische Rat bei seinen Entscheidungen den unionalen *Acquis* berücksichtigen. Zudem, so unterschiedlich die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zur Rechtsstaatlichkeit auch sein mögen, in einem grundlegenden Punkt stimmen sie überein: Sie erfordern stets, dass das Recht auch tatsächlich herrscht.<sup>214</sup> Hinzu tritt ein unverzichtbares Kriterium für die

212 Im Folgenden *Stäsche*, Europäischer Rat, S. 58, 93 ff. m.w.N., 483, 521.

213 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz et. al. (Hrsg.), Art. 2 EUV, Rn. 39.

214 *Von Bogdandy/Ioannidis*, ZaöRV 2014/2, S. 287 f.

Rechtmäßigkeit von *soft law*: seine Vereinbarkeit mit europäischem Primär- und Sekundärrecht. So entschied der EuGH<sup>215</sup> in ständiger Rechtsprechung für das von der Kommission, dem Rat und den Mitgliedstaaten erlassene *soft law*, dass das Primär- oder Sekundärrecht diesem vorgeht, wenn das *soft law* von ihm abweicht oder inkompatibel ist. Denn sog. nicht-rechtliche Normen sind nur *praeter legem*, nicht *contra legem* rechtlich zulässig. Daraus folgt, dass der Europäische Rat als EU-Institution keine Entscheidungen treffen darf, die den erreichten *acquis unionique* in Frage stellen; andernfalls geht Primär- oder Sekundärrecht diesem vor. Letztlich entspricht dies den allgemeinen Kollisionsregeln.<sup>216</sup>

Unstrittig nicht justitiabel sind die Entscheidungen des Europäischen Rates in der Außen- und Sicherheitspolitik gem. Art. 275 Abs. 1 AEUV. Das sollte nach dem Wortlaut des Konventsentwurfs für einen Verfassungsvertrag für Europa (EVVE) vom 10.7.2003<sup>217</sup> zwar auch für die neuen vertraglichen Kompetenzen des Europäischen Rates gelten, s. Art. III-270 Abs. 1 EVVE, doch lag hier ein Versehen vor.<sup>218</sup> So hätte dem die EuGH-Rechtsprechung zum Parlament entgegengestanden, wonach die Anfechtungsklage (jetzt Nichtigkeitsklage) „gegen alle Handlungen der Organe gegeben (ist) (...), die dazu bestimmt sind, eine Rechtswirkung zu erzeugen“.<sup>219</sup> Der Europäische Rat erzeugt aber, wie dargelegt, Rechtswirkungen v.a. mit seinen Beschlüssen, die gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV justitiabel sind. Fraglich ist, ob der EuGH unionsrechtswidrige Entscheidungen des Europäischen Rates für ungültig erklären darf. Vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages war dies unzulässig.<sup>220</sup> Dies beruhte auf dem in Art. M EUV des Maastrichter Vertrages (MV)<sup>221</sup> bzw. Art. 47 EUV des Amsterdamer Vertrages<sup>222</sup> (AV)/NV angeordneten intergouvernementalen Charakter der grundlegenden Bestimmungen des Titels I des EUV sowie Art. 31 Einheitliche Europäische Akte<sup>223</sup> bzw. Art. L EUV MV und Art. 46 EUV AV/NV. Aktuell ist Art. 47 EUV NV nun aufgehoben, und der Europäische Rat ist ein Unionsorgan. Allerdings bleiben seine EU-Grundsatz- und Leitentscheidungen weiterhin unionales *soft law*; sie entbehren einer formal rechtlichen Bindungswirkung. In Anwendung der allgemeinen Kollisionsregeln bedarf es wohl auch keiner Ungültigkeitserklärung seiner Entscheidungen durch den EuGH, da das Primär- bzw. Sekundärrecht insoweit Vorrang genießt. Unproblematisch ermöglicht jedenfalls Art. 267 AEUV die Kontrolle der Entscheidungen des Europäischen Rates im

215 EuGH, Rs. 43/75, *Gabrielle Defrenne Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 41 ff.; EuGH, Rs. C-226/94, *Grand garage albigeois v. Garage Massol SARL*, Rn. 21.

216 So auch *Senden*, S. 55 f., 244 ff.; ähnl. *Baldwin*, S. 248 ff., Appendix.

217 ABl. C 169 v. 18.7.2003, S. 1 f.

218 So auch *de Schonthee*, integration 2003, S. 478.

219 EuGH, Rs. 294/83, *Parti écologiste „Les Verts“ v. Europäisches Parlament*, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 24 f.

220 EuGH, Rs. C-253/94 P, *Olivier Roujansky v. Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:1995:4; EuGH, *Jacques Bonnamy v. Council of the European Communities*, Rs. C-264/94 P, ECLI:EU:C:1995:5.

221 ABl. L 191 v. 29.7.1992, S. 1.

222 ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 1; ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 145 ff., 173 ff.

223 ABl. L 169 v. 29.6.1987, S. 1.

Vorabentscheidungsverfahren. Zudem verwendete der EuGH vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages bei der gerichtlichen Überprüfung von Ratsentscheidungen, die politisch vom Europäischen Rat geprägt waren, dessen Beschlüsse und konkretisierten politischen Verpflichtungen mittelbar als Interpretationshilfe und bei der Urteilsfindung<sup>224</sup> – eine Möglichkeit, die fortbesteht.

Dass Kompetenzverletzungen durch Entscheidungen politischer Natur jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen sind, zeigt die Luxemburger Vereinbarung vom 29.1.1966, die – obgleich lediglich als *gentlemen's agreement* qualifiziert – das vertraglich vorgesehene Mehrheitsprinzip im Rat zu Gunsten des Einstimmigkeitsprinzips faktisch aushebelte.<sup>225</sup> Allerdings sind die Entscheidungen und Aufforderungen des Europäischen Rates nach eingehender Analyse kaum geeignet, die Kompetenzen und die Unabhängigkeitsgarantie der Kommission und weiterer EU-Institution zu beeinträchtigen.<sup>226</sup> Dies beruht im Wesentlichen auf der Natur des unionalen *soft law*. Infolge des mangelnden Nachweises für Kompetenzverletzungen ist im Übrigen auch keine Verletzung des institutionellen Gleichgewichts und damit des durch die vertraglichen Normen ausgefüllten Rahmens vorhanden, der seinerseits die ausdrückliche Grenze für Verschiebungen im institutionellen System bildet.<sup>227</sup>

### III. Anweisung des Europäischen Rates vom 10./11.12.2020

#### 1. Politischer Hintergrund

Der dem Rechtsstaatsmechanismus zugrundeliegende Kommissionsvorschlag<sup>228</sup> war Teil des am 2.5.2018 veröffentlichten Pakets der Kommission für den MFR 2021–2017. Die Brisanz der Konditionalität zeigte sich schnell. Unmittelbar nach dem im November 2020 nach monatelangen Verhandlungen greifbaren Kompromiss zum künftigen EU-Haushalt kündigten die polnische und die ungarische Regierung ihr Veto gegen den neuen MFR mit der Begründung an, über die Einführung der Konditionalität hätten die Staats- und Regierungschefs und nicht die beiden EU-Gesetzgebungsorgane Rat und Parlament zu befinden, weshalb es einer Vertragsänderung bedürfe.<sup>229</sup> Dieses Veto – das die proeuropäischen Bürgermeister von Warschau und Budapest, unterstützt von weiteren 249 Bürgermeister in Polen und Ungarn, als un-

224 EuGH, Rs. C-27/04, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. Rat der Europäischen Union*, CLI:EU:C:2004:436, Rn. 3, 71 f.; *Bothe*, in: von Münch (Hrsg.), S. 771; *Ipsen*, EuR 1981, S. 329.

225 Luxemburger Vereinbarung, EuR 1966, S. 73 f.; *Stäsche*, Europäischer Rat, S. 26 f., 113.

226 Dazu *Stäsche*, Europäischer Rat, S. 113 ff., 118, 646 ff.

227 Zur Einordnung des institutionellen Gleichgewichts aus rechtlicher Perspektive u. aus politischer Perspektive *Stäsche*, Europäischer Rat, S. 95 ff. m.w.N.

228 *Europäische Kommission*, COM(2018) 324 final.

229 Joint Declaration of the Prime Minister of Poland and the Prime Minister of Hungary, 26.11.2020, abrufbar unter: <https://t1p.de/fbre> (12.11.2021); *Zalan*, Warsaw and Budapest seek EU funds despite national veto, EUobserver, 8.12.2020, abrufbar unter: <https://euobserver.com/economic/150304> (12.11.2021); *Pacula*, Playing with fire –

verantwortlich bezeichneten<sup>230</sup> – gefährdete die gem. Art. 312 Abs. 2 UA 1 AEUV einstimmig durch den Rat zu beschließende MFR-Verordnung einschließlich des Corona-Wiederaufbaufonds NGEU. Dieser verfügt über ein Volumen von 1,8 Bio. € und wird dringend für die Bewältigung der erheblichen wirtschaftlichen und sozialen COVID-19-Pandemie-Schäden benötigt. Angesichts des drohenden Scheiterns des MFR verständigte sich der Europäische Rat bei seiner Konferenz am 10./11.12.2020 auf gesonderte Formulierungen zum Rechtsstaatsmechanismus.<sup>231</sup> Polen und Ungarn hatten zudem wiederholt angekündigt, den Mechanismus anzufechten – eine Ankündigung, die sie am 8.3.2021 mit zwei Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH gem. Art. 263 Abs. 3 AEUV<sup>232</sup> umsetzten. Sie führten aus, die Konditionalität zielt auf die Kürzung von EU-Mitteln wegen umstrittener politischer Projekte und sei folglich politisch motiviert. Dahinter steht auch, dass EU-Mittel-Kürzungen beide empfindlich treffen würden. So war Polen in der vergangenen Haushaltsperiode 2014-2020 größter Empfänger der EU-Struktur- und Kohäsionsfonds und 2019 mit ca. 12 Mrd. € größter EU-Nettoempfänger; Ungarn erhielt als zweitgrößter Empfänger ca. 5 Mrd. €. <sup>233</sup>

## 2. Anweisung des Europäischen Rates

### a) Inhaltliche Analyse

Vor dem geschilderten politischen Hintergrund „verständigte sich“ der Europäische Rat unter deutscher Ratspräsidentschaft bei seiner Konferenz am 10./11.12.2020 auf Schlussfolgerungen,<sup>234</sup> die auf eine Einschränkung des Rechtsstaatsmechanismus abzielten. Dabei orientierte er sich an seinen Schlussfolgerungen vom Juli 2020.<sup>235</sup> Zunächst führte er das Ziel der VO aus, „den Haushalt der Union, die wirtschaftliche Haushaltsführung und die finanziellen Interessen der Union“ zu schützen und ging auf die Kriterien zur Anwendung des Konditionalitätsmechanismus ein, die „objektiv, fair, unparteiisch und faktengestützt erfolgen“, wobei „ein ordnungsgemäßes

Poland's PiS reach for the 'Polexit' matches, EUobserver, 10.12.2020, abrufbar unter: <https://euobserver.com/news/150328> (12.11.2021).

230 *Zalan*, Warsaw and Budapest seek EU funds despite national veto, EUobserver, 8.12.2020, abrufbar unter: <https://euobserver.com/economic/150304> (12.11.2021).

231 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 10./11.12.2020, EUCO 22/20, CO EUR 17, CONCL 8, Rn. I. 2.

232 Rs. C-157/21, *Republik Polen v. Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*; Rs. C-156/21, *Ungarn v. Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*.

233 *European Commission*, Budget System in Poland: Challenges & Ongoing Reforms, ECONOMIC BRIEF 060, 2020, S. 4; statista, 6.10.2020, abrufbar unter: <https://t1p.de/ldi0> (12.11.2021).

234 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 10./11.12.2020, EUCO 22/20, CO EUR 17, CONCL 8, Rn. I. 2.

235 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 17.-21.7.2020, EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4, Rn. II. A24, Anlage I. 22, 23; *Zalan*, Michel lays out compromise budget plan for summit, EUobserver, 30.6.2020, abrufbar unter: <https://euobserver.com/economic/148917> (12.11.2021).

Verfahren, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Mitgliedstaaten“ zu gewährleisten sind, s. Rn. I. 2 a) u. b). Im Folgenden stellte er in Rn. I. 2 c) S. 1 fest: „Um die Achtung dieser Grundsätze sicherzustellen, beabsichtigt die Kommission, Leitlinien zu der Art und Weise, wie sie die Verordnung anwenden wird, einschließlich einer Methode für die Durchführung ihrer Bewertung, zu entwickeln und anzunehmen“ und gab insoweit den Gehalt der Art. 5 Abs. 4 S. 1, 19. Erwgr Präambel VO wieder. Die Vorgabe des Europäischen Rates in Rn. I. 2 c) S. 2, dass diese „Leitlinien (...) in enger Abstimmung mit den Mitgliedstaaten erstellt“ werden, geht allerdings über den VO-Text hinaus.

Zentral erweisen sich die weiteren Passagen. Bereits deutlich weiter als die VO ist die Formulierung in Rn. I. 2 c) S. 3: „Sollte eine Nichtigkeitsklage zu der Verordnung erhoben werden, so werden die Leitlinien nach dem Urteil des Gerichtshofs fertiggestellt, sodass etwaige relevante Elemente, die sich aus dem Urteil ergeben, einbezogen werden können.“ Hier legte der Europäische Rat unmissverständlich den Zeitpunkt der Leitlinienerstellung durch die Kommission – nach dem EuGH-Urteil – sowie ihre inhaltliche Determinierung – unter Einbeziehung des EuGH-Urteils – fest. Selbst wenn letzteres, jedenfalls in der Annahme, dass der EuGH den Rechtsstaatsmechanismus für rechtmäßig erklären wird, unschädlich schiene, steht die Vorgabe, erst das Urteil abzuwarten, im Zusammenhang mit Rn. I. 2 c) S. 5, wonach die „Kommission (...) keine Maßnahmen im Rahmen der Verordnung vorschlagen (wird), solange die Leitlinien nicht fertiggestellt sind.“ Darin aber liegt – verstärkt durch die Aufforderung an die Kommissionspräsidentin in Rn. I. 2 c) S. 4, „den Europäischen Rat umfassend (zu) unterrichten“ – die Anweisung des Europäischen Rates an die Kommission, zunächst das Urteil abzuwarten, sodann in dessen Berücksichtigung die Anwendungsleitlinien zu finalisieren und erst danach dem Rat einen entsprechenden Durchführungsbeschluss mit Sanktionsmaßnahmen vorzuschlagen. Diese Anweisung folgte in imperativem Duktus, ohne einen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zu belassen.

Den verhaltenslenkenden Charakter dieser Anweisung verstärken die weiteren Ausführungen des Europäischen Rates. So rekurrierte er in Rn. I. 2 d) allein auf den „subsidiären Charakter“ des Rechtsstaatsmechanismus. Die damit verbundene Einschränkung seines Anwendungsbereiches steht jedoch seinem Telos entgegen. Denn die Konditionalität wurde geschaffen, weil sich deutlich zeigte, dass die vorhandenen traditionellen EU-Rechtsstaatlichkeitsinstrumente keinen effizienten Schutz vor Rechtsstaatlichkeitsverletzungen bieten (Kap. G. I., Kap. F.). Den insoweit ergänzenden Charakter des Rechtsstaatsmechanismus weist auch der 14. Erwgr Präambel VO aus. Auffallend ist sodann, dass die weiteren Ausführungen des Europäischen Rates zwar regelmäßig „nur“ den Verordnungstext wiedergeben, es sich hier aber überwiegend um solche handelt, die den Verantwortungsbereich der Kommission bei der Aktivierung von Sanktionsmaßnahmen herausstellen oder aber eine Skepsis von Mitgliedstaaten gegenüber dem Mechanismus antizipieren. So betonte er in Rn. I. 2. h) die „volle Verantwortlichkeit“ der Kommission, wenn diese bewertet, ob die Voraussetzungen für die Annahme von Sanktionsmaßnahmen vorliegen (Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, Abs. 6 VO). In Rn. I. 2. i) S. 1 stellte er wiederum heraus,



dass sie die Sanktionsmaßnahmen auf Gesuch eines Mitgliedstaates „umgehend“ (hier über den VO-Text hinausgehend), spätestens aber nach einem Jahr überprüft (Art. 7 Abs. 2 UA 1 VO). In Rn. I. 2. i) S. 1 wird die Begründungspflicht der Kommission im Falle der Maßnahmenbeibehaltung unterstrichen (Art. 7 Abs. 2 UA 1 VO). Endlich hebt der Europäische Rat in Rn. I. 2. j) gesondert auf das in 26. Erwgr. Präambel VO genannte Ersuchen eines betroffenen Mitgliedstaates ab, „schwere Verstöße“ im Verfahren zur Annahme und Aufhebung von Sanktionsmaßnahmen u.a. gegen die Grundsätze der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Mitgliedstaaten vortragen zu können. Mit dieser selektiven Auswahl verstärkte der Europäische Rat den indirekten Druck auf die Kommission, seiner Anweisung Folge zu leisten.

### *b) Rechtsnatur*

Im Anschluss an diese Anweisung nahmen die polnische und die ungarische Regierung von ihrem Veto gegen den MFR einschließlich des NGEU Abstand; die Kommission schlug gegenüber dem Rat bis dato keine Sanktionsmaßnahmen nach dem Rechtsstaatsmechanismus für beide Länder vor. Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien (Kap. H. II. 1.) sind die Formulierungen des Europäischen Rates gem. Rn. I. 2 c) als Verhaltensregeln der dritten Kategorie und mithin als unionales *soft law* zu qualifizieren. So hegte er hier nicht die Absicht, dass seine Formulierungen rechtliche Bindungskraft erlangen. Dies lässt sich bereits aus ihrer klassischen Einbettung in seine Schlussfolgerungen und die vorangehende Eingangsformel der Rn. 2 „Der Europäische Rat verständigt sich auf Folgendes“ ableiten. Er verband mit ihnen allerdings unmissverständlich die Intention, dass die Kommission ihnen folgt. Dadurch beschränkte er diese in ihrem Willen und ihrer Freiheit; eine indirekte Rechtswirkung der Formulierungen wurde erzeugt. Die Willensbeschränkung der Kommission beruhte hier zwar nicht auf der sonst häufig anzutreffenden Erwartung des Europäischen Rates, dass seine Vorgaben im nachfolgenden EU-Gesetzgebungsverfahren per Rechtsakt umgesetzt werden. Hier lag vielmehr der umgekehrte, gleichwohl relevante Fall vor: Er verknüpfte seine Formulierungen mit der hohen Erwartung an die Kommission, die am 1.1.2021 in Kraft getretene EU-Verordnung einschließlich der Sanktionsmaßnahmen vorerst nicht anzuwenden. Dies bildete wiederum einen Teil des *package deals*, um die bevorstehende MFR-Einigung nicht zu gefährden.

### *c) Rechtmäßigkeit*

Bei der Anweisung des Europäischen Rates handelt es sich im Ergebnis um ein Moratorium für die VO: Die VO einschließlich ihres Instruments der Sanktionsmaßnahme soll bis zu dem Ergehen des EuGH-Urteils und der nachfolgenden Feststellung der Leitlinien in Rezeption des Urteils durch die Kommission außer Kraft gesetzt sein. Angesichts der durchschnittlichen Verfahrensdauer beim EuGH von



anderthalb Jahren soll sich das Moratorium, der Intention des Europäischen Rates nach, beginnend mit der Klagerhebung am 8.3.2021 bis mindestens September 2022 erstrecken mit der Folge, dass der Rechtsstaatsmechanismus erst nach der nächsten ungarischen Parlamentswahl im Frühling 2022 zur Anwendung käme. Dieses als *soft law* zu qualifizierende Moratorium des Europäischen Rates ist unvereinbar mit europäischem Primär- und Sekundärrecht. Er bewegte sich insbesondere mit seiner in Rn. I. 2 c) enthaltenen Anweisung außerhalb der VO. Denn diese sieht gem. Art. 6 Abs. 1 vor, dass „geeignete Maßnahmen zu ergreifen“ sind, wenn aus Kommissionssicht „hinreichende Gründe“ dafür vorliegen, dass Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gem. Art. 4 Abs. 1 VO die wirtschaftliche Führung des Haushalts der EU oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen „hinreichend unmittelbar beeinträchtigen“ oder „ernsthaft zu beeinträchtigen drohen“. Es spricht indessen vieles dafür, dass die Kommission in ihrer Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass derartige hinreichende Gründe im Falle beider Länder vorliegen und zwar ausweislich der dortigen anhaltenden und erheblichen Rechtsstaatlichkeitsverstöße (Kap. E.) sowie aufgrund der dem Rechtsstaatsmechanismus zugrundeliegenden Prämisse, dass die Staaten eine wirtschaftliche Haushaltsführung nur gewährleisten können, wenn insbesondere die Behörden in Einklang mit dem Gesetz handeln, Gesetzesverstöße wirksam verfolgt werden und eine wirksame gerichtliche Kontrolle existiert (Kap. G. I.). Da Art. 4 Abs. 1 VO kein Ermessen hinsichtlich des „Ob“ von Sanktionsmaßnahmen eröffnet, sondern eine Handlungspflicht der EU-Institutionen, namentlich der Kommission und des Rates (Kap. G. I.), statuiert, ist die Kommission gehalten, entsprechend zu prüfen und nach einem positiven Prüfergebnis dem Rat entsprechende Durchführungsbeschlüsse vorzuschlagen, die er annehmen muss, s. Art. 6 Abs. 9 u. 10 VO. Die VO sieht hingegen nicht vor, dass die Kommission ihre Leitlinien in Rezeption des erwarteten, thematisch relevanten EuGH-Urteils fertigen muss, bevor sie dem Rat einen Durchführungsbeschluss mit Sanktionsmaßnahmen vorschlägt, s. 19. Erwgr Präambel, Art. 5 Abs. 4 VO.

Mit seinem Moratorium ignorierte der Europäische Rat folglich die allgemeine, unmittelbare und rechtsverbindliche Geltung der VO gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV (Kap. G. II.). Er nahm erfolgreich Einfluss auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, indem die Kommission die mit der Anweisung verbundene Intention – die vorläufige Aussetzung des Rechtsstaatsmechanismus – in eben diesem Sinne verstand und aufgrund der erzeugten indirekten rechtlichen Bindungswirkung auch befolgte. So unterließ sie es, Schritte nach dem Mechanismus gegen beide Länder ungeachtet der vorhandenen Rechtsstaatlichkeitsverletzungen einzuleiten (Kap. H. IV.). Darüber hinaus handelte der Europäische Rat wider das in Art. 2 EUV verbürgte Rechtsstaatsprinzip (Kap. H. II. 2.), indem er das Moratorium entgegen dem unionalen *Acquis* gegenüber der Kommission verfügte. Indem er die in Kraft stehende VO nicht beachtete, negierte er ferner die Kompetenzen der beiden EU-Gesetzgeber – des Rates und des Parlaments –, die die Verordnung gem. Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV i.V.m. Art. 106a Euratom i.V.m. 294 AEUV, Art. 14, Abs. 1 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 1 EUV erließen. Diese besitzen aber das primärrechtlich verbürgte

Recht, dass die von ihnen beschlossenen Rechtsakte auch beachtet werden. Der Fall ist auch mit Blick auf die demokratische Dimension der EU problematisch. So ist die Union nach dem Leitbild der repräsentativen Demokratie doppelt legitimiert: durch die Gemeinschaftsbürger als Unionsbürger und als Staatsbürger. Demnach beruht die demokratische Legitimation der Union aber auf dem Parlament über die Unionsbürger (Art. 14 Abs. 2 UA 1 S. 1 EUV) sowie auf dem Rat über die nationalen Regierungen und Parlamente über die Staatsbürger.

#### IV. Rezeption der Anweisung durch die Europäische Kommission

Die Kommission bestätigte in ihrer Erklärung vom 14.12.2020 „die Auffassung des Europäischen Rates, dass sich die Kommission bei der Anwendung der Verordnung den unter Nummer 2 der Schlussfolgerungen vom 10./11.12.2020 genannten Punkten verpflichtet fühlt, soweit sie gemäß den Verträgen in ihren Zuständigkeitsbereich fallen“<sup>236</sup> und unterließ im Weiteren, den Rechtsstaatsmechanismus gegenüber Polen und Ungarn trotz Vorliegens der Voraussetzungen gem. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 VO anzuwenden. Den Zusammenhang zwischen der Achtung der Rechtsstaatlichkeit und der effizienten Ausführung des Haushaltsplans der Union weist insbesondere der 13. Erwgr Präambel VO aus. Hier ist nicht nur ein, sondern es dürften mehrere Punkte erfüllt sein, nach denen Verstöße gegen Rechtsstaatsgrundsätze zu bejahen sind. Zunächst fehlt es in Polen und Ungarn ausweislich ihrer erheblichen Probleme bei der Bewahrung der europäischen Grundwerte (Kap. E.) an einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle behördlicher Handlungen gem. Art. 4 Abs. 2 lit. d) i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. a-c) VO. Dies betrifft u.a. die öffentliche Auftragsvergabe, die Finanzverwaltung und die Arbeit der Ermittlungs- und Strafverfolgungsinstanzen.<sup>237</sup> Infolge der Korruptionsproblematik in beiden Ländern kommt daneben Art. 4 Abs. 2 lit. e) VO in Betracht. Wie ausgeführt, statuiert Art. 4 Abs. 1 VO eine Handlungspflicht der EU-Institutionen beim Ergreifen von Sanktionsmaßnahmen (Kap. G. I.).

Indem es die Kommission unterließ, dem Rat einen Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss mit adäquaten Sanktionsmaßnahmen gem. Art. 6 Abs. 9 VO zu unterbreiten (Kap. G. I.), wandte sie die VO nicht an. Sie negierte damit ihre Bindung an diese VO gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV und handelte wider den bestehenden EU-Acquis. Dies steht auch in Widerspruch zu dem in Art. 2 EUV verbürgten Rechtsstaatsprinzip (Kap. C.); insoweit gilt hier nichts anderes als das zur Anweisung des Europäischen Rates Gesagte (Kap. H. III. 2. c). Gleichmaßen gelten die Bedenken zu der Negierung der Kompetenzen der beiden EU-Gesetzgeber und den

236 Erklärung zum Protokoll zur Tagung des Allgemeinen Rates, Ratsdokument 14018/20, Anlage.

237 Zum intransparenten Management der EU-Fonds, unzureichender Betrugsbekämpfung und nicht unabhängiger Gerichtsbarkeit s. auch *Scheppelle/Kelemen/Morijn*, The EU Commission has to Cut Funding to Hungary: The Legal Case, 2021, S. 27 ff., abrufbar unter: [https://danielfreund.eu/wp-content/uploads/2021/07/220707\\_RoL.C.R.Report\\_digital.pdf](https://danielfreund.eu/wp-content/uploads/2021/07/220707_RoL.C.R.Report_digital.pdf) (12.11.2021).

demokratischen Implikationen (Kap. H. III. 2. c). Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, weil Kommissionspräsidentin van der Leyen in ihrer Rede vom 7.7.2021<sup>238</sup> darauf hingewiesen hat, dass die Kommission Leitlinien erarbeitet habe, die sie mit dem Parlament erörtern wolle. Auch solle kein Fall seit Inkrafttreten der Verordnung im Januar 2021 „verloren gehen“. <sup>239</sup> Da sich die Leitlinien jedoch im Entwurfsstadium befinden und unveröffentlicht sind und das eher vage in Aussicht gestellte Konzept einer rückwirkenden Geltung mangels Vorliegens seiner Details nicht beurteilt werden kann, vermag beides nichts an der vorliegenden Bewertung ändern. Entscheidend ist aber, dass die Erstellung von Leitlinien die Kommission gerade nicht von ihrer Pflicht zur Anwendung der VO – insbesondere zur Erstellung eines Vorschlages für einen Durchführungsbeschluss mit Sanktionsmaßnahmen – entbindet. Dies gilt ferner ungeachtet dessen, dass die Kommission aktuell Gelder für Polen und Ungarn aus dem NGEU zurückhält. Während sie im Falle Polens die Auszahlung vom Einlenken der Regierung bei den Justizreformen abhängig macht, geht es ihr bei Ungarn um Vorkehrungen gegen möglichen Geldermisbrauch, wobei die ungarische Regierung der Kommission vorwirft, es gehe ihr primär um das Gesetz, das untersagt, Kinder über LGBTIQ-Lebensweisen zu informieren (Kap. E. II. 2. g)). <sup>240</sup> Das geschilderte Vorgehen der Kommission richtet sich allerdings nach der Verordnung (EU) 2021/241 zur Aufbau- und Resilienzfazilität und betrifft hier die Frage, ob die im Mai 2021 übersandten nationalen Aufbaupläne die länderspezifischen Empfehlungen des Rates im Rahmen des Europäischen Semesters adäquat berücksichtigt haben. Für Polen existiert dazu ein Passus zur Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit und der Unabhängigkeit der Justiz, <sup>241</sup> für Ungarn gibt es entsprechende Passagen. <sup>242</sup> Demnach ist das aktuelle Zurückhalten der Gelder durch die Kommission außerhalb des Rechtsstaatsmechanismus angesiedelt und bedarf noch eingehender Prüfung. Zusammenfassend ist die Kommission im Falle der Haushaltskonditionalität somit bislang nicht ihrer Stellung als „Hüterin der Verträge“, deren Bezeichnung auf ihren ersten Präsidenten *Walter Hallstein* zurückgeht, <sup>243</sup> nachgekommen. Denn als solcher obliegt ihr neben der Überwachung sämtlicher primärrechtlicher Quellen <sup>244</sup> eine Kontrollfunktion im Rahmen des Sekundärrechts über

238 SPEECH/21/3526.

239 Vgl. *Vorreiter*, Umsetzung des EU-Rechtsstaatsmechanismus, Das Parlament wird ungeduldiger, Deutschlandfunk (Dlf), 1.6.2021, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/umsetzung-des-eu-rechtsstaatsmechanismus-das-parlament-wird.1773.de.html?drmm:article\\_id=498126](https://www.deutschlandfunk.de/umsetzung-des-eu-rechtsstaatsmechanismus-das-parlament-wird.1773.de.html?drmm:article_id=498126) (12.11.2021).

240 ZDF heute, 30.10.2021, <https://t1p.de/6j5a>; Zeit Online, <https://t1p.de/fhz5> (12.11.2021).

241 18. Erwgr Präambel Empfehlung des Rates zum nationalen Reformprogramm Polens 2019 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Polens, ABl. C 301 v. 5.9.2020, S. 123.

242 S. v.a. 9.-11., 13., 16.-19. Erwgr Präambel u. Nr. 4. Empfehlung des Rates zum nationalen Reformprogramm Ungarns 2019 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Ungarns, ABl. C 301 v. 5.9.2020, S. 101.

243 *Hallstein*, S. 83.

244 *Stäsche*, Europäischer Rat, S. 84, Fn. 400.

die Handlungsformen des Art. 288 AEUV einschließlich Verordnungen, s. Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EUV.

### I. Europäisches Parlament als Hüter der Verträge: Untätigkeitsklage

Das Parlament erachtet das Unterlassen der Kommission für äußerst bedenklich und intensiviert den politischen Druck, dabei zunehmend als „Hüter der Verträge“ auftretend. So forderte es die Kommission am 25.3.2021 auf, die VO schnellstmöglich, spätestens aber bis 1.6.2021, anzuwenden.<sup>245</sup> Mangels Handelns setzte ihr das Parlament im Entschließungsantrag vom 10.6.2021<sup>246</sup> gem. Art. 265 Abs. 2 AEUV eine zweimonatige Frist und kündigte bei fortgesetzter Untätigkeit die Erhebung einer Untätigkeitsklage gem. Art. 265 Abs. 1 AEUV an. Dies bestätigte Parlamentspräsident David Sassoli in seinem Schreiben vom 23.6.2021 an Kommissionspräsidentin van der Leyen.<sup>247</sup> Diese kündigte in ihrer Rede am 7.7.2021<sup>248</sup> an, im Herbst 2021 erste Verfahren auf den Weg zu bringen und zwar rückwirkend zum 1.1.2021; auch in ihrer Rede am 19.10.2021<sup>249</sup> benannte sie die Anwendung des Konditionalitätsmechanismus als eine Option. Indem das Parlament am 29.10.2021 Untätigkeitsklage<sup>250</sup> erhob, richtete es diese zum zweiten Mal in der Geschichte der europäischen Integration gegen die Kommission.

### J. Abschließende Bewertung

In Polen und Ungarn werden die europäischen Grundwerte einschließlich der Rechtsstaatlichkeit seit Jahren anhaltend und erheblich verletzt. Wie die Analyse der Struktur der traditionellen EU-Instrumente zur Ahndung von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen die Rechtsstaatlichkeit und ihrer praktischen Anwendung durch die EU-Institutionen in beiden Ländern zeigt, sind diese Instrumente weniger geeignet, um Staaten zur Beendigung von Rechtsstaatlichkeitsverletzungen zu bewegen. Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn bleibt prekär. Der mit der VO geschaffene Rechtsstaatsmechanismus erscheint demgegenüber als effizientes Instrument, um Mitgliedstaaten mittels Konditionalisierung zwischen EU-Mitteleinzahlung und Rechtsstaatlichkeit zur Einstellung von Verstößen gegen EU-Grundwerte anzuhalten. Das Moratorium des Europäischen Rates an die Kommission, die Haushaltskonditionalität bis zur Fertigstellung ihrer Anwendungsleitlinien unter Abwarten des EuGH-Urteils nicht anzuwenden, ist als unionales *soft law* zu qualifizieren, das unvereinbar mit Art. 288 Abs. 2 AEUV, dem Rechtsstaatsprinzip und den Kompetenzen der beiden EU-Gesetzgeber ist und dem unionalen Leitbild der repräsentativen Demokratie entgegensteht. Indem ihm die Kommission

245 *Europäisches Parlament*, Entschließung, P9\_TA(2021)0103.

246 *Europäisches Parlament*, Entschließung, P9\_TA(2021)0287.

247 S. <https://t1p.de/20qr5> (12.11.2021).

248 SPEECH/21/3526.

249 SPEECH/21/5361.

250 Press release, 30.10.2021, <https://t1p.de/nwuo> (12.11.2021).

Folge leistete, verhielt sie sich ihrerseits vertragswidrig und kam ihren Pflichten als „Hüterin der Verträge“ nicht nach. Um den europäischen Grundwerten einschließlich der Rechtsstaatlichkeit in Polen und Ungarn wieder Geltung zu verschaffen, ist es grundlegend, dass die Kommission nun zügig die nach der VO erforderlichen Verfahrensschritte einleitet und dem Rat entsprechende Durchführungsbeschlüsse mit Sanktionsmaßnahmen gegenüber Polen und Ungarn vorschlägt. Abzuwarten bleibt, ob es dem Parlament als insoweit neuem „Hüter der Verträge“ mit seiner Untätigkeitsklage gelingt, die Kommission in die gebotene rechtskonforme Richtung zu bewegen.

## Bibliographie

- BALDWIN, ROBERT, *Rules and Government*, Oxford, 1996
- VON BOGDANDY, ARMIN; IOANNIDIS, MICHAEL, *Das systemische Defizit Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 2014, S. 283–328
- BOTHE, MICHAEL, „Soft Law“ in den Europäischen Gemeinschaften? in: von Münch, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin, 1981, S. 761–775
- CALLIESS, CHRISTIAN, Art. 2 EUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV – AEUV, 5. Auflage, München, 2016
- CREMER, WOLFRAM, Art. 260 AEUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV – AEUV, 5. Auflage, München, 2016
- GIEGERICH, THOMAS, *Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten*, ZEuS, 2019, Heft 1, S. 61–111
- HALLSTEIN, WALTER, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Auflage, Düsseldorf, 1979
- HILF, MEINHARD; SCHORKOPF, FRANK, Art. 2 EUV, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 72. Ergänzungslieferung, München, 2021
- JACOBSSON, KERSTIN, *Between Deliberation and Discipline: Soft Law Governance in EU Employment Policy*, in: Mörrth, Ulrika (Hrsg.): Soft Law in Governance and Regulation, An Interdisciplinary Analysis, Cheltenham, 2004, p. 81–101
- KARPENSTEIN, ULRICH, Art. 258, 260 AEUV, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 72. Ergänzungslieferung, München, 2021
- VON DER LEYEN, URSULA, *Rede von Präsidentin von der Leyen vor dem Plenum des Europäischen Parlaments zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 24./25. Juni 2021*, Straßburg, 2021, SPEECH/21/3526

- VON DER LEYEN, URSULA, *Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024*, Brüssel, 2019
- VON DER LEYEN, URSULA, *Opening Statement in the European Parliament Plenary Session*, SPEECH/19/4230, Brüssel, 2019
- MANIN, PHILIPPE, *The Treaty of Amsterdam*, Columbia Journal of European Law (Col.J.E.L.), 1998, Jg. 4(1), S. 1–26
- MARQUIER, JULIA, *Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses – Ein Beitrag zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre*, Bonn, 2003
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 7 EUV*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), 5. Auflage, München, 2016
- SCHORKOPF, FRANK, *Art. 7 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar*, 72. Ergänzungslieferung, München, 2021
- DE SCHOUTHEETE, PHILIPPE, *Die Debatte des Konvents über den Europäischen Rat*, integration 2003, S. 468–482
- SENDEN, LINDA, *Soft Law in European Community Law*, Dissertation 2003, Oxford, 2004
- SOMMERMAN, KARL-PETER, § 3 *Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten*, in: Niedobitek, Matthias (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Auflage, Berlin/Boston, 2020
- STÄSCHE, UTA, *Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik: Internationale und europäische Ebene (Teil 1)*, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ), 2019, S. 248–262
- STÄSCHE, UTA, *Die Entscheidungsproduktivität des Europäischen Rates. Rechtliche und empirische Untersuchung vom Europäischen Währungssystem bis zum Vertrag von Lissabon*, Dissertation, Berlin, 2011
- VOßKUHL, ANDREAS, *Rechtsstaat und Demokratie*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2018, S. 3154–3159
- WELLENS, KARL C.; BORCHARDT, G. M., *Soft Law in European Community Law*, European Law Review (ELRev.), 1989, Jg. 14, p. 267–321
- WESSELS, WOLFGANG, *Der Amsterdamer Vertrag – Durch Stückwerksreformen zu einer effizienteren, erweiterten und föderalen Union?*, integration 1997, S. 117–135